

Ano 1 nº 9

JUSTIÇA & CIDADANIA



Senador José Sarney:
Tancredo Neves restaurou
a linha histórica do Brasil

Ministério Público
no Processo Civil

A adoção e seus efeitos

EDITORIAL

A Morosidade da Justiça

Reforma do Poder Judiciário

Crime contra a Ordem Tributária e Procedimento Administrativo Fiscal

Registra-se, atualmente, divergência quanto à possibilidade de iniciar-se ação penal, antes de concluído procedimento administrativo fiscal, visando à apuração de exigência de crédito tributário, tanto quanto à validade de suspensão do curso da referida ação, bem como do prazo da respectiva prescrição.

Trata-se de interessante e singular situação, eis que, de um lado, poderia se apresentar viável a idéia de que o contribuinte pudesse vir a ser denunciado por crime contra a ordem tributária, antes mesmo de concluído o respectivo procedimento administrativo fiscal. De outro lado, a de que o contribuinte pudesse suportar esse ônus, embora em momento em que ainda se encontrasse valendo-se de direito consubstanciado nos postulados inarredáveis do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, nada obstante, a circunstância de que dito procedimento visa exatamente a apuração da exigência do crédito que se tem por sonogado.

O mister de se saber se o exaurimento do procedimento administrativo fiscal, nos crimes contra a ordem tributária, seria condição indispensável à propositura da ação penal leva necessariamente à verificação da existência ou não de eventual distinção entre o que seja condição de procedibilidade e questão prejudicial.

A condição de procedibilidade tem a ver somente com o processo, não tendo interferência no bem da vida, não se vinculando, pois, ao direito material, ou, ainda, não interferindo no *meritum causae*. Entretanto, interpretação equivocada e duvidosa do enunciado da Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, que orienta no sentido de que "é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal", tem conduzido a se pensar que não haja necessidade de prévia decisão no âmbito administrativo para que se deflagre a ação penal. Todavia, referido enunciado cogita apenas

Fernando Marques é Desembargador do Tribunal Regional Federal/2ª Região

de que não é necessária a representação da Fazenda Pública para o início da referida ação penal. Daí porque incorreto utilizar-se a citada súmula para basear decisão que conclui pela inexistência de questão prejudicial, v.g., a de apurar-se se existe, ou não, tributo devido, com relação a que se verificou a ação delitiva.

Por sua vez, questão prejudicial, em sede de processo penal, é a circunstância de natureza cível, que condiciona a existência de ilícito penal *sub judice*. Se o desfecho da questão penal, objeto da respectiva ação, se encontrar na dependência de solução da questão fiscal, o problema terá que ser resolvido necessariamente através da prejudicialidade heterogênea, objeto do art. 93 do CPP. Entretanto, para que isso possa ocorrer, impõe-se tenha sido ajuizada pelo contribuinte a respectiva ação cível, sem o que não poderá o juiz, de *lege ferenda*, suspender o processo.

A Lei nº 8137/90 redefiniu o tipo penal relativo ao delito de sonegação fiscal, não deixando lugar para dúvida quanto a que se trata de ilícito penal de resultado, para cuja realização se exige necessariamente a existência de tributo devido e não pago, em decorrência de uma das atividades fraudulentas ali mencionadas, clamando-se por presença de dolo, como elemento subjetivo do tipo. Trata-se, pois, de posicionamento legal diametralmente oposto ao do regime da Lei nº 4729/65, que definia o delito em questão como crime formal ou de mera conduta, razão porque, diversamente do que ocorre hoje, desnecessário se afigurava apurar se era caso de tributo devido e não pago em decorrência de comportamento fraudulento de parte do agente. Essa, então, a razão pela qual veio a se pacificar entendimento pretoriano, que culminou na referida Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal.

Em face, todavia, da nova orientação legal e com vistas a que não pudessem pairar dúvidas quanto à prévia necessidade de ser apurado o fato representativo do delito, porque já agora

se reveste o mesmo do atributo da materialidade, o Congresso Nacional editou a Lei nº 9430/96, prescrevendo que a representação fiscal, para fins penais, relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8137/90, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Assim, a propositura da ação penal passa a carecer do pressuposto indispensável de verificação de ocorrência de situação fático-tributária, ensejando manifestação definitiva da administração pública. E aí reside especificamente o atributo de condição de procedibilidade indispensável ao processo, muito embora o órgão do Parquet não esteja adstrito ao recebimento de tal decisão final, pois o delito em exame não é do tipo em que se exija representação para que ação possa ser validamente proposta. O de que se trata é apenas de condição de procedibilidade e não de condição de representatividade.

Nada obstante, o Ministério Público propôs a ADIn nº 1571-1, questionando a constitucionalidade do artigo 83 da Lei nº 9430/96. Em sede de provimento liminar, o Min. Carlos Veloso, secundado pelo Min. Marco Aurélio, professou entendimento no sentido de que "os crimes praticados contra a ordem pública- reduzir ou suprimir tributo, art 1º da Lei nº 8137/90- realizam-se mediante as condutas especificadas nos incs. I a V do mencionado art. 1º. Os crimes tipificados no art. 2º da mesma Lei nº 8137/90 são da mesma natureza; é dizer, são crimes de sonegação fiscal: art. 2º, incs. I a V. As condutas inscritas nos incisos dos arts. 1º e 2º, adotados por particulares, tem por escopo sonegar tributo. Penso que a ação penal, em tais casos, não pode ser instaurada enquanto não existir decisão fiscal definitiva, lançamento definitivo."

A justificar esse entendimento,

asseverou Sua Excelência:

"O art. 14, da Lei 8.137/90, estabelecia: 'Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórias, antes do recebimento da denúncia'.

Esse art. 14, da Lei n. 8.137/90, foi, entretanto, revogado pelo art. 98, da Lei n. 8.383/91. Todavia, a Lei n. 9.249/95, art. 34, restabeleceu a norma do art. 14, da Lei n. 8.137/90:

'Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137/90, e na Lei n. 4.729/65, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórias, antes do recebimento da denúncia' (art. 34, da Lei n. 9.249/95).

Sobreveio, então, a Lei n. 9.430/96, que dispôs, no seu art. 83 e seu parágrafo único:

'Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativas aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º, da Lei n.8.137/90, será encaminhado ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no caput, do art. 34, da Lei n. 9.249/95, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo Juiz'.

Ora, se não se tem lançamento definitivo, decisão final definitiva, não se tem, ainda, crédito fiscal exigível. O Ministério Público não poderá, então, instaurar a ação penal, bem registrou o Ministro Marco Aurélio.

Reitero que tem-se, com os arts. 1º e 2º, da Lei n. 8.137/90, crimes de sonegação fiscal, crimes de sonegação de tributos. As condutas definidas nos incisos dos referidos artigos perseguem a sonegação de tributos..."

Naquela oportunidade, lembrou ainda Sua Excelência que outra questão importante seria a da prescrição penal, concluindo que a fluência do respectivo prazo só se inicia no momento em que o procedimento administrativo fiscal chega ao seu término. É que somente aí nasce para o Estado, tanto quanto para o Ministério Público, o direito de propor a respectiva ação penal, tendo, pois, aplicação o princípio da *actio nata*. Asseverou, ainda, o eminente Ministro que

o art. 83 da Lei nº 9430/96, nada tem de inconstitucional.

Portanto, indeferindo a liminar, o Min. Carlos Veloso deixou assentada tese no sentido de que a ação penal, em casos que tais, não pode, validamente, ser instaurada, enquanto não houver decisão definitiva.

É que, em sede de perda de exigibilidade do direito de punir, só haverá falar em tal situação quando e se transcorrido o prazo da prescrição. Se o Estado ainda não pode exercer o direito de ação porque falta a necessária condição de procedibilidade à sua propositura, não existe direito válido para o desencadeamento da respectiva ação penal. E, se assim o é, há de ser aplicado o princípio da *actio nata*.



Desembargador Fernando Marques

Por outro lado, reza o inciso I do artigo 129 da Constituição da República vigente que ao Ministério Público compete privativamente o exercício da ação penal pública nos termos da lei. Então, se esta caracteriza o delito como de resultado, é necessário que se apure a sua existência, no âmbito administrativo, tal como o ordena o art. 83 da Lei nº 8137/90, diploma legal específico de incidência na espécie, evidenciando-se de forma irresponsável a necessidade de sua configuração, através decisão do órgão administrativo

competente, a fim de que se encontre satisfeita exigência que se tem como condição de procedibilidade da ação.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal negou a medida liminar requerida pelo Ministério Público. Segundo o eminente Ministro Neri da Silveira, relator para o caso, "o art. 83 em foco quer não aja a administração, desde logo, sem antes concluir o procedimento administrativo fiscal, mas essa conduta imposta às autoridades fiscais não impede a ação do Ministério Público, que, com apoio no art. 129 e seus incisos, da Constituição, poderá proceder, de forma ampla, na pesquisa da verdade, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado ilícito,

inclusive no plano tributário. Não define o art. 83, desse modo, condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo Ministério Público, que poderá, na forma de direito, mesmo antes de encerrada a Instância administrativa, que é autônoma, iniciar a Instância penal, com a propositura da ação correspondente".

A partir da argumentação supra, parece razoável que se espere que, em decisão final, o Supremo Tribunal Federal venha a acolher a tese da existência de condição de procedibilidade, tal como defendido pelo Min. Carlos Veloso em seu voto, contrariamente ao provimento liminar favorável à instauração da ação penal pública pelo Ministério Público, antes de encerrada a instância administrativa.

Todavia, não seria desarrazoado pensar-se que não encontraria amparo, nem na lei nem na jurisprudência, solução que consagrasse a possibilidade de, instaurada a ação penal, suspendê-la o órgão julgador, sem prova de existência de prejudicial incidente. É que, para tanto, ante o quadro processual em vigor, seria necessária a evidência de ação civil, anteriormente proposta pelo contribuinte, objetivando apurar se teria havido supressão ou redução de tributo. Com tal proceder, de parte do hipotético devedor, aí sim, poderia haver suspensão do processo relativo à ação penal, pois tal situação qualificar-se-ia, iniludivelmente, como de prejudicialidade heterogênea, prevista e amparada no art. 93 do Código de Processo Penal.