OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do "CD"

Tese 321

SONEGAÇÃO FISCAL – DÉBITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL – INCLUSÃO NO REGIME DE PARCELAMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 10.684/03 – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O parcelamento do débito tributário estadual, promovido após a vigência da Lei nº 10.684/2003, enseja, tão somente, a suspensão da pretensão punitiva do Estado, e não sua extinção, que ocorre apenas com o integral pagamento da dívida

(D.O.E., 03/03/2010, p. 67)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº **990.08.189242-1 – Comarca de Presidente Prudente**, em que figura como recorrente a **JUSTIÇA PÚBLICA**, e como recorridas **A.P.T. e M.P.T.L.**, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição da República, artigo 255, § 2º, do RISTJ, e artigo 26 da Lei nº 8.038/90, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, contra o v. acórdão de fls. 214, pelos motivos adiante aduzidos.

1. A HIPÓTESE EM EXAME

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Presidente Prudente, pela r. decisão de fls. 176/177, declarou extinta a punibilidade de **A.P.T. e M.P.T.L.**, representantes legais da empresa COREMA COM. E REPRES. DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS LTDA., com amparo no artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, em relação a crimes contra a ordem tributária apurados no inquérito policial nº 482.01.2008.017933-6.

Para tanto, o douto magistrado entendeu ausente a justa causa para a persecução, eis que "O parcelamento do débito e a regular satisfação de parcelas avençadas antes do recebimento da denúncia, é tido como forma de pagamento e autoriza o decreto de extinção da punibilidade do crime, o que efetivamente ocorreu neste feito".

Inconformado, o representante do Ministério Público recorreu em sentido estrito, alegando em síntese, que o parcelamento do débito implica tão-somente a suspensão da pretensão punitiva

estatal, conforme dispõe o artigo 9º, "caput", da Lei nº 10.684/03 (fls. 179/182).

Colhidas as contrarrazões (fls. 194/197), a r. decisão foi mantida no juízo de retratação (fls. 205).

O parecer a Douta Procuradoria de Justiça foi pelo provimento do recurso (fls. 209/211).

A Décima Câmara Criminal desse Egrégio Tribunal de Justiça, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator (fls. 214).

Eis o Voto do Relator:

"**VOTO N° 1 7 . 2 88**
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N° 990.08.189242-1
COMARCA DE PRESIDENTE PRUDENTE (1ª VARA CRIMINAL)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO

RECORRIDOS : ANY PENTEADO TRENTIN e MÔNICA PENTEADO TRENTIN LAZZARINI

Ao relatório da r. sentença de fls. 176/177, acrescenta-se que foi julgada extinta a punibilidade da empresa **COREMA COM. E REPRES. DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS LTDA - A.P.T. e M.P.T.L.,** com fundamento no artigo 9º, § 2°, da Lei n° 10.684/03, face ao deferimento do parcelamento da dívida fiscal existente.

Inconformado, recorreu o **MINISTÉRIO PÚBLICO,** objetivando, em apertada síntese, fosse determinado o sobrestamento do feito até o efetivo pagamento do débito fiscal parcelado (fls. 178/182).

O recurso foi bem processado e a r. decisão proferida foi mantida no r. despacho de fls. 205.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA,** no Parecer de fls. 209/211, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A r. sentença recorrida deve ser mantida.

Segundo demonstrado nos autos, A.P.T. e M.P.T.L. eram sócias da firma COREMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS LTDA. e teriam cometido, em tese, crime contra a ordem tributária e obtido, perante o Fisco, o parcelamento do débito fiscal apurado, razão pela qual foi julgada extinta a punibilidade com fulcro no artigo 9º, § 2º, da Lei n° 10.684/03.

O recurso tirado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** não pode ser provido.

Efetivamente, tendo os RECORRIDOS obtido o deferimento, por parte do Fisco, da obrigação tributária devida, ocorreu, na espécie, o instituto da novação, onde, por acordo entre as partes, a obrigação antiga é substituída por uma nova, iniciando-se uma fase de quitação do aludido débito e, nesta, caso ocorram novos incidentes estes deverão ser solvidos em procedimentos próprios e não naquele em que a dita novação foi obtida, visto que inexistente deixou de ser tudo que havia até o acordo bilateral firmado.

Caso não cumprida a obrigação oriunda na novação, as conseqüências devem ser produto de nova apuração e execução, mas, no campo criminal, aquela novação lançou uma pedra sobre possível tipo penal que não mais pode prevalecer como pretendido pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO.**

A novação, representada por parcelamento do débito fiscal, apagou a dívida anterior e criou uma nova e, não sendo cumprida esta, outras providências podem ser tomadas mas nunca a do prosseguimento do feito criminal para fins de apuração de responsabilidades até aquela mutação, em tese, possivelmente existentes.

A norma do artigo 9º, § 2º, da Lei n° 10.684/03, em que pesem os Julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal aqui colacionados, deve imperar e possibilitar a extinção da punibilidade dos envolvidos naquilo que existia, em tese, antes da novação havida.

Assim, nega-se provimento ao **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO,** confirmando-se a r. sentença recorrida em todos os seus termos.

OTÁVIO HENRIQUE

RELATOR" (fls. 215/217).

Ao declarar extinta a punibilidade das recorridas, em razão do parcelamento do débito tributário, a Douta Turma Julgadora, além de negar vigência ao artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.648/03, dissentiu do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o parcelamento do débito tributário estadual, não autoriza a extinção da punibilidade, mas tão-somente a suspensão da persecução criminal do Estado, autorizando, pois, a interposição deste recurso, com amparo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

2 NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL

Dispõe a Lei nº 10.684/03:

> **"Art. 9º <u>É suspensa a pretensão punitiva</u> do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes <u>estiver incluída no regime de parcelamento</u>.**
>
> **§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.**
>
> **§ 2º <u>Extingue-se a punibilidade</u> dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar <u>o pagamento integral dos débitos</u> oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios"** (grifamos)

É **<u>fato incontroverso nos autos</u>**, como reconhecido no próprio v. acórdão recorrido, que a empresa COREMA COM. E REPRESENTAÇÕES MÁQUINA AGRÍCOLAS LTDA., representada pelas acusadas, obteve parcelamento do débito tributário junto à

Fazenda do Estado de São Paulo, ao ser incluída no Programa de Parcelamento Incentivado – PPI, criado pelo Decreto nº 51.960, de 04 de julho de 2007 (fls. 102/104).

Contudo, ao invés de determinar a suspensão da pretensão punitiva estatal até o pagamento integral dos débitos, como determina o artigo 9º, "caput", da Lei nº 10.648/03, a Douta Turma Julgadora, desde logo, declarou extinta a punibilidade das acusadas, com amparo no § 2º do artigo 9º da Lei.

Daí a manifesta ofensa aos termos da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, pois conforme a **orientação pacificada** no Colendo Supremo Tribunal Federal "...**o parcelamento está para a suspensão, assim como a quitação está para a própria extinção da punibilidade**" (HC nº 90591/SP, Julgamento: 27/02/2007, Primeira Turma, Voto do Min. CARLOS BRITTO).

Acresce-se que, na hipótese, o parcelamento foi celebrado **posteriormente à edição da Lei nº 10.648/03** e ainda está em fase de cumprimento da obrigação (120 parcelas de R$ 7.563, 94,

sendo a primeira em 10/09/2007 – fls. 104), não havendo, pois, que se cogitar de aplicação da regra do artigo 34 da Lei nº 9.249/95 e consequente extinção da punibilidade, como outrora entendia o Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Assim o entendimento **pacificado** no Colendo Supremo Tribunal Federal, por ambas a suas Turmas:

> (...)
>
> "Aduz o impetrante que 'a manifestação concreta da Paciente, no sentido de reconhecer a sua obrigação, como única modalidade possível para se dispor a saldá-la, **mesmo de forma parcelada, afastaria a justa causa para a ação penal**' (fl. 6). Assim, requer preliminarmente a nulidade da ação penal pela falta de justa causa.
>
> De outro lado, sustenta que mesmo tendo sido firmado o acordo de parcelamento após a Lei nº 10.648/2003, 'esta deve servir de interpretação extensiva ao artigo 34, da Lei 9.429/95', por ser mais benéfica (art. 5º, inciso XL, da CF). Assevera que pelo princípio da analogia in bonan partem,

'se o pagamento é causa legal, contudo, **tudo que a ele se assemelha (parcelamento - transação – acordo) fica entendido, analogicamente, como sendo pagamento**' (fls. 8).

(...)

A ordem não merece ser acolhida.

Dispõe o artigo 34 da Lei nº 9.249/95:

'**Art. 34**. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover **o pagamento do tributo ou contribuição social**, inclusive acessórios, **antes do recebimento da denúncia**.

Por sua vez, o art. 9º da Lei nº 10.648/2003 consigna:

'Art. 9º É **suspensa** a **pretensão punitiva** do **Estado**, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, **durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente**

dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º **Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios**"

Como se observa a Lei nº 10.684/2003, inovando em relação à legislação anterior, passou a **permitir** o **parcelamento** do **débito** ou a sua **quitação** mesmo **após** o **recebimento** da **denúncia**, sendo que no primeiro caso tem-se a suspensão da pretensão punitiva estatal e no sendo a extinção da punibilidade.

A partir da edição desse diploma legal, o Supremo Tribunal Federal vem consagrando o entendimento, segundo o qual pouco importa o momento em que ocorra o pagamento integral do tributo, se **antes** ou **depois** do

recebimento da denúncia, em qualquer dos casos ter-se-á a extinção da punibilidade.

Na espécie o paciente não pode se beneficiar desse entendimento, porquanto não houve a quitação do tributo, mas tão somente acordo para parcelamento do débito, firmado em **22.1.2004**, consistente no pagamento mensal e sucessivo de **59** parcelas no valor de R$ 6.208,90, estando ainda em fase de cumprimento da obrigação (fls. 23). Logo, não há que se falar em extinção a punibilidade, nos moldes do que determina 0 § 2º do art. 9º, da Lei nº 10.684/2003.

A corroborar que o parcelamento tão somente determina a suspensão da pretensão punitiva estatal e não a extinção da punibilidade, (...) os [HC 85048. 1ª T., **Cezar Peluso**, DJ 01.09.06; HC 83936, 2ª T., **Joaquim Barbosa**, DJ 25.2.05]" (HC nº 90591/SP, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 27/02/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma).

Diversa não é a orientação **pacificada** na Corte Especial, após a vigência da Lei nº 10. 648/03:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIME TRIBUTÁRIO. LEI 10.384/2003. PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL. SUSPENSÃO (E NÃO EXTINÇÃO) DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. RECURSO IMPROVIDO.

1 - A jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o parcelamento do débito tributário, promovido após a vigência da Lei 10.684/2003, enseja, tão-somente, para os delitos tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e 168-A e 337-A do CP, a suspensão da pretensão punitiva do Estado, durante o período em que o devedor estiver incluído no programa de parcelamento, e não a sua extinção, que ocorre apenas com o integral pagamento da dívida, ex vi do art. 9º, caput, e §§ 1º e 2º, da Lei 10.684/2003.

2 - Agravo interno improvido.

(AgRg no Ag 853.272/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA

TURMA, julgado em 29/11/2007, DJ 17/12/2007 p. 302) – grifamos

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA JÁ NA VIGÊNCIA DA LEI 10.684/03.
SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.249/95. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.
1. Segundo pacífica jurisprudência da 3a. Seção desta Corte, o parcelamento do débito tributário antes do recebimento da denúncia na vigência da Lei 10.684/03 acarreta tão-somente a suspensão da pretensão punitiva estatal durante o período de inclusão no programa de recuperação fiscal, extinguindo-se a punibilidade somente após o seu integral pagamento.
2. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 94.274/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 02/02/2009) – grifamos

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1o., III DA LEI 8.137/90 (FALSIFICAR OU ALTERAR DOCUMENTO RELATIVO À OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL). PENA APLICADA: 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INCLUSÃO NO REGIME DE PARCELAMENTO EM MOMENTO ANTERIOR À SENTENÇA CONDENATÓRIA. LEI 10.684/03. SUSPENSÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. REQUISITOS COMPROVADOS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PORÉM, PARA QUE SEJA DETERMINADA A SUSPENSÃO DO CURSO DA AÇÃO PENAL INSTAURADA EM DESFAVOR DO PACIENTE A PARTIR DA APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS, E DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, DURANTE O

PERÍODO EM QUE ESTIVER INCLUÍDO NO REGIME DE PARCELAMENTO.

1. Segundo pacífica jurisprudência da 3a. Seção desta Corte, uma vez comprovado, a partir de prova inequívoca, a inserção do débito tributário no programa de parcelamento, de rigor a suspensão da pretensão punitiva estatal, nos termos dos arts. 1o. e 9o. da Lei 10.684/03.

2. In casu, foi demonstrado por meio de prova inequívoca o parcelamento do débito tributário, bem como a quitação das primeiras parcelas do fracionamento, conforme se depreende dos documentos acostados aos autos (guia de arrecadação estadual e comprovantes de pagamento das primeiras parcelas da dívida).

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem concedida, para que seja determinada a suspensão do curso da ação penal instaurada em desfavor do paciente a partir da apresentação das alegações finais, e da pretensão punitiva do Estado,

durante o período em que estiver incluído no regime de parcelamento.

(HC 103.307/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 02/03/2009) – grifamos

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. APLICAÇÃO DO ART. 9º DA LEI 10.684/03. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 9º da Lei 10.684/03, impõe-se a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e 168-A e 337-A, do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

2. No caso dos autos, quando o Ministério Público ofertou denúncia contra os pacientes, por suposta infração ao art. 1º, I, II e III, da Lei 8.137/90, já havia sido deferido em favor da empresa comercial, da qual os pacientes são sócios, pedido de antecipação de tutela, determinando a reinclusão da pessoa jurídica no programa de parcelamento do débito tributário.

3. Tendo a denúncia sido recebida posteriormente à data em que já se encontrava suspensa a pretensão punitiva porque a empresa comercial encontrava-se, por força judicial, reincluída no PAES, apresenta-se patente o constrangimento ilegal.

4. Ordem concedida para anular o recebimento da denúncia relativa à Ação Penal 2007.50.01.008124-2, tendo em vista a suspensão da pretensão punitiva decorrente do provimento do Agravo de Instrumento 2007.02.01.004519-5, sem prejuízo de que outra seja ofertada, caso a pessoa jurídica seja excluída de programa de parcelamento do débito fiscal.

(HC 109.713/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008) – grifamos

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INCLUSÃO DA EMPRESA NO REGIME DE PARCELAMENTO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA. TIPICIDADE (FORMAL, NORMATIVA E SUBJETIVA). TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO TIPO. JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INÉPCIA NÃO CONFIGURADA. PROVA PERICIAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO-OCORRÊNCIA. PENA APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Nos crimes tributários, para se tornar possível a suspensão ou a extinção da pretensão punitiva estatal, deve ser demonstrada, a partir de prova inequívoca, a

inserção do débito tributário no programa de parcelamento ou o seu integral pagamento. Precedentes do STJ.

2. Não se pode declarar inepta a denúncia que descreve, ainda que se forma genérica, os fatos penalmente típicos e aponta a conduta dos acusados, o resultado, a subsunção, o nexo causal (teorias causalista e finalista) e o nexo de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), oferecendo condições para o pleno exercício do direito de defesa.

3. No caso, a atribuição da conduta típica aos pacientes não decorreu simplesmente de suas condições de sócios-gerentes, mas por terem, em tese, suprimido e reduzido tributo, sendo, portanto, diretamente responsabilizados pelos fatos descritos.

4. Nos crimes societários, embora não se exija a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, é necessário que haja a narrativa dos fatos delituosos, de sua suposta autoria, do vínculo de

causalidade e do nexo de imputação, de maneira a permitir o exercício da ampla defesa, como na espécie.

5. É prescindível exame pericial da prova quando a denúncia descreve a conduta de "utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato", que compõe o núcleo do tipo penal previsto no inciso IV do art. 1º da Lei 8.137/90.

6. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

7. No caso, a pena-base encontra-se devidamente fundamentada em dados concretos, tais como a personalidade delituosa dos pacientes, a conduta social, a culpabilidade e os motivos do delito. Destarte, sua fixação acima do mínimo legal mostra-se proporcional à necessária reprovação e prevenção do crime.

8. Ordem denegada.

(HC 62.328/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 04/08/2008) – grifamos

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. NÃO-COMPROVAÇÃO.

1. É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o parcelamento de débito tributário não é causa de extinção da punibilidade, mas sim de suspensão da pretensão punitiva estatal durante o período em que o devedor estiver incluído no programa de parcelamento, conforme disposto no art. 9.º, caput, da Lei 10.684/03. Precedentes.

2. Ordem denegada.

(HC 94.027/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJ 11/02/2008 p. 1) – grifamos

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 168-A, C/C O ART. 71, AMBOS DO CP. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. REITERAÇÃO. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RAZÃO DO PARCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE ORIGINOU A DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA CABAL DE QUE A SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENCONTRA-SE INCLUÍDA EM PROGRAMA DE PARCELAMENTO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO.

I - Considerando que esta e. Corte já se manifestou sobre a correção da pena aplicada ao paciente no bojo do Ag 830099/SP (Reg. n° 2006/0212631-0), perdeu o objeto, neste tópico, o presente writ.

II - <u>Não havendo prova convergente nos autos no sentido de que a sociedade empresária relacionada com</u>

> **o paciente encontra-se efetivamente incluída em programa de parcelamento do débito tributário descrito na denúncia, não há como acolher o pedido de suspensão da pretensão punitiva estatal face a aplicação do art. 15, da Lei 9.964/2000.**
> **Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.**
> (HC 128.569/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 28/09/2009) – grifamos.

Saliente-se, por fim, que o fato de se tratar de parcelamento de débito tributário estadual, não tem o condão de afastar a incidência do artigo 9º da Lei nº 10.648/03, quanto à suspensão da pretensão punitiva: primeiro porque o dispositivo legal não faz nenhuma distinção entre débitos estaduais e federais; depois, seria uma incongruência o devedor federal ter tratamento distinto do

estadual, com manifesta ofensa à paridade de tratamento penal e à simetria que deve ser guardada entre as esferas estaduais e federal. Acresce-se, ademais, que a Lei nº 9.249/95, até então adotada como fundamento para a extinção da punibilidade, também disciplina matéria atinente a tributo federal.

Nessa linha o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 85048/RS, do qual foi Relator o Ministro CEZAR PELUSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/05/2006 e publicado no DJ de 01/09/2006, p. 21:

> (...)
>
> "A norma agora vigente introduziu, pois, nova disciplina geral, para os efeitos do pagamento e do parcelamento na esfera de punibilidade dos crimes tributários (cf. HC nº 82.959). Isto quer dizer que **essa nova disciplina, a do artigo 9º da Lei nº 10.684/03, se aplica, indistinto, a todos os crimes tributários e a todas as formas de parcelamento, qualquer que seja o programa ou o regime que, instituído pelo Estado, sob este ou aquele**

> **nome, no exercício de sua competência tributária, possibilite o pagamento parcelado do débito tributário**. Donde ser agora adiáforo tratar-se do REFIS ou doutro programa legal. E mais: para os efeitos penais do parcelamento tornou-se, ainda, irrelevante o que suceda ou tenha sucedido na esfera administrativo-tributária, bastando, para os fins do art. 9º, o fato em si da concessão do parcelamento, com abstração de quando e como o haja logrado o contribuinte" (destaque nosso).
>
> (...)

No mesmo rumo o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 34.288/RS, do qual foi Relator o Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2005 e publicado no DJ de 06/02/2006, p. 334:

> (...)
>
> "Gize-se, em remate, que a nova lei não distingue quais os tipos de parcelamento possibilitam o gozo do referido benefício, tampouco se o tributo suprimido é de

> competência federal, estadual ou municipal, podendo, em casos tais como o dos autos, a opção pelo parcelamento de ICMS não recolhido, **mesmo constituindo-se tributo de competência estadual**, por configurar o delito tipificado no artigo 1ª da Lei nº 8.137⁄90, ensejar a suspensão da punibilidade requerida" (destaque nosso).
>
> (...)

Em suma, pois, ao declarar extinta a punibilidade das investigadas, em razão de parcelamento do débito tributário junto à Fazenda Estadual, ainda em fase de cumprimento da obrigação, após a edição da Lei nº 10.684/03, a Douta Turma Julgadora contrariou frontalmente o disposto no artigo 9º, "caput" e § 2º, da Lei, os quais disciplinam para a hipótese, tão-somente a suspensão da pretensão punitiva estatal, até o pagamento integral dos débitos oriundos dos tributos.

3 - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC nº 34.288/RS, do qual foi Relator o Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2005, cujo acórdão, publicado no DJ 06/02/2006, p. 334, e na **Revista Eletrônica de Jurisprudência** (cópia anexa), ora se oferta como **paradigma**, assim decidiu:

> **HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI Nº 10.684/03. ICMS. PARCELAMENTO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS ESTADUAIS. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO.**
>
> **1. A adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, com o parcelamento de débitos oriundos da falta de recolhimento de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, mesmo se tratando de tributo de competência estadual, suspende a punibilidade do crime tipificado no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 (Lei nº 10.684/03, artigo 9º, caput).**
>
> **2. Precedente do STF.**

3. Ordem concedida (grifamos).

Eis o relatório e o voto do Culto Ministro Relator:

"RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Habeas corpus contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, denegando ***writ*** impetrado em favor de Cláudio Roberto Araújo e Tatiana Araújo, preservou-lhes a ação penal a que respondem pela prática do delito tipificado no artigo 1º, incisos II e IV, combinado com os artigos 11, ***caput*** e 12, inciso I, todos da Lei nº 8.137/90, combinado com o artigo 71, do Código Penal, em acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

O trancamento da ação penal, a título de falta de justa causa, somente pode acontecer quando a denúncia não descrever conduta caracterizadora de crime em tese ou na total impossibilidade da pretensão punitiva.

Ordem denegada." (fl. 3).

Alega o impetrante constrangimento ilegal, eis que com o advento da Lei nº 10.684⁄2003, *"(...) não há mais como seguir a ação penal que tramita na 2ª Vara Criminal de Porto Alegre contra os pacientes, isso porque a empresa destes aderiu ao programa de recuperação fiscal (REFIS) em 24 de abril de 2000 e, consoante os documentos de arrecadação (DARFs), em anexo, mantém-se adimplentes (...)"* e que *"De outro lado, o imposto dito sonegado (ICMS), objeto da ação penal em curso, também se encontra parcelado junto à Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, de acordo com a autorização do processo de parcelamento nº 018897-1400⁄02-4, emitida pelo Diretor de Departamento da Receita Pública Estadual."* (fl. 6).

Assevera que *"(...)* ***não importa qual o tipo de tributo ou parcelamento para que se suspenda o processo***,

porque antes o legislador de 2000 (Lei nº 9.964/00) expressamente limitava os efeitos jurídico-penais do parcelamento àquele parcelamento por ele denominado Refis ou Programa de Recuperação Fiscal, criado e disciplinado por aquela específica lei. O mesmo não foi feito na ***nova disciplina que amplia os efeitos jurídico-penais do parcelamento a qualquer "regime de parcelamento", não importa se criado pela própria Lei nº 10.684 ou por outras; não importa se federal, estadual ou municipal.****"* (fl. 7).

Sustenta que *"(...) a Lei 10.684/03, que deu nova configuração ao REFIS, não mais condiciona a suspensão da pretensão estatal punitiva a ter sido a adesão ao Sistema anterior ao recebimento da denúncia criminal (art. 9º), devendo esse dispositivo ter aplicação retroativa."* (fl. 8).

Está, ainda, em que *"de acordo com as alterações introduzidas pela nova lei, não importa se o pagamento ou o parcelamento foi efetuado após o recebimento da denúncia. No caso de parcelamento, o efeito é o da suspensão do processo enquanto a pessoa jurídica relacionada com o*

agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento" (fl. 8).

Aduz, de resto, que *"A recente decisão do Supremo Tribunal Federal agora foi confirmada pelo voto condutor do Min. Cezar Peluso, no sentido de que não importa mais o lapso temporal, ou seja, de que o pagamento se efetue antes ou depois da denúncia, pois, de qualquer sorte, extingue a punibilidade. Como o voto se baseia na Lei nº 10.684/03 (Refis II), também se aplica ao presente caso, pois a lei determina que se suspende o processo criminal se houver parcelamento, ainda depois da denúncia, desde que os pacientes se mantenham adimplentes."* (fl. 10).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, para que se determine a *"suspensão do processo enquanto a empresa Cora de mantiver adimplente ao parcelamento efetuado junto à Secretaria da Fazenda do Estado, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.684/03 e da recente decisão do Supremo Tribunal Federal."* (fl. 11).

A liminar foi deferida *"(...) para suspender o andamento da ação penal a que respondem os pacientes, até o julgamento do presente* ***writ"*** (fls. 62⁄63).

As informações estão às fls. 67⁄69 dos autos.

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem, em parecer assim sumariado:

*"**Ementa: Penal. Processual penal. Habeas Corpus. Sonegação Fiscal.** Pleito de suspensão da ação penal ajuizada em face de sonegação de tributos estaduais, com base no art. 9º da Lei nº 10.684⁄03, mais benéfica que o antigo REFIS. Existência de autorização do parcelamento do débito referente ao ICMS. Parcelas que estão sendo pagas regularmente, mantendo a empresa adimplente. Acórdão que denegou a Ordem, sob o argumento de que o Tributo estadual não é alcançado pela nova Lei. Impossibilidade de o intérprete distinguir onde a Lei penal não distingue.* ***O parecer é pela concessão da ordem."*** (fl. 225).

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator): Senhor Presidente, narram os autos que os pacientes foram denunciados como incurso nas sanções dos delitos tipificados nos artigos 1º, incisos I e II, combinado com os artigos 11, ***caput*** e 12, inciso I, da Lei nº 8.137⁄90, todos combinados com o artigo 71 do Código Penal, por terem reduzido e suprimido, segundo a denúncia, por diversas vezes, como administradores da empresa Cora Produtos Higiênicos Ltda, o recolhimento de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, *"(...) fraudando a fiscalização tributária, ao inserirem elementos inexatos nos Livros de Registro de Entradas"*, além de terem tentado, também por mais de uma vez, *"(...) suprimir tributo estadual de ICMS, fraudando a Fiscalização Tributária, ao elaborarem 5.000 (cinco) mil notas fiscais falsas."* (fl. 84).

É esta, a letra do acórdão impugnado:

"(...)

Não há qualquer constrangimento ilegal.

Efetivamente, o trancamento da ação penal, a título de falta de justa causa, somente pode acontecer quando a denúncia não descrever conduta caracterizadora de crime em tese ou na total impossibilidade da pretensão punitiva.

"O trancamento da ação penal sob o fundamento da falta de justa causa importa em julgamento antecipado da lide penal, posicionamento restrito às hipóteses de demonstração cabal e absoluta, desde logo, da inexistência de crime ou da não-identificação da autoria" (TJRS, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Nelson Luiz Púperi, RJTJRGS 121/27).

"O trancamento da ação penal, por falta de justa causa, em sede de habeas corpus, não cabe se há necessidade de aprofundar o exame da prova. Admite-se quando é evidente, incontroversa, a divergência entre a imputação e os elementos em que se apóia, Tudo visto e examinado, decido. não passando de uma miragem" (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU 8.11.93, p. 23.571).

"Quando a denúncia descreve, como no caso destes autos, fato definido como crime em tese, não havendo

dúvidas quanto à autoria, não se tranca a ação penal alegando falta de justa causa. Recurso conhecido, mas improvido (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 8.11.93, p. 23.573).

"A restritiva via do habeas corpus não se presta para trancar ação penal sob a fundamentação de inexistência de justa causa, a não ser quando, nem mesmo em tese, o fato constitui crime, ou então, quando se verifica, prima facie, o não envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal" (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Fláquer Scartezzini, DJU 8.11.93, p. 25.573).

In casu, a denúncia descreve perfeitamente a ocorrência de um fato típico, antijurídico e culpável, havendo indícios suficientes da autoria e prova segura da materialidade.

Por outro lado, o art. 1º da Lei nº 10.684/03 é bastante claro, não deixando margem a dúvidas:

"Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas".

Logo, em princípio, o ICMS não é alcançado pela lei.

É certo que alguns comentaristas, entre os quais Chryswerton Dresley C. e Silva e Jorge Vicente Silva, entendem que esse dispositivo fere o princípio da isonomia, mas ainda não há uma manifestação reiterada dos Tribunais Superiores a respeito, o que impede a pretendida suspensão da ação penal.

Dessarte, denego a ordem de habeas corpus." (fls. 219⁄221).

E esta, por pertinente, a do artigo 9º da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, ***verbis***:

"Art 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica

relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º ***Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios****."* (nossos os grifos).

A matéria foi já objeto de decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, que, nos autos do ***habeas corpus*** nº 81.929/RJ, concedeu ordem de ofício, cuja ementa e voto-vista, de lavra do Ministro Cézar Peluso, têm o seguinte teor, ***verbis***:

"EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o

recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário."

"1. Os impetrantes atacam aresto do Superior Tribunal de Justiça, argüindo, em síntese, nulidade do julgamento em virtude de entrave à realização de sustentação oral e, no mérito, insurgem-se contra avaliação dos antecedentes para efeito da prisão contra o ora paciente decretada.

2. Pedi vista dos autos para melhor exame de ambas as increpações e, ao fazê-lo, deparei com questão preliminar que, a meu juízo, prejudica a análise dos fundamentos do pedido.

3. Os impetrantes aduziram, à inicial, ter sido o débito quitado antes da edição da sentença que condenou o ora paciente. Deveras, do apenso consta cópia incontroversa da guia de recolhimento do tributo e de seus acessórios, cujo pagamento se deu em ***24 de novembro de 1998*** *(doc. nº 14, fls. 61). Por confirmar o acerto da decisão do Plenário no* ***HC nº 81.611*** *(rel Min.* ***SEPÚLVEDA PERTENCE****), sublinho que a impugnação administrativa do auto de infração e*

lançamento acabou por reduzir o débito de 899.321,81 para 10.122,87 UFIR, ou seja, reduziu-o em 97% (!), tornando possível ao paciente quitar a dívida e assoalhar a magnitude do desacerto da autuação.

4. É de recordar que, na época - 1998 -, os efeitos penais do pagamento do tributo estavam regidos pelo disposto no art. 34 da Lei nº 9.249/95, que previa a extinção da punibilidade mediante o pagamento, só quando fosse este realizado ***até o recebimento da denúncia****. Daí, não terem os impetrantes postulado desde logo a extinção da punibilidade, por falecer-lhe tal direito ao paciente, ao tempo da impetração.*

Ocorre que, em ***30 de maio do presente ano****, veio a lume a* ***Lei nº 10.684****, a qual, no art 9º, deu nova disciplina aos efeitos penais (do parcelamento e) do pagamento do tributo, nos casos dos crimes descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal:*

"Art 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no

8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios." *(grifei).*

Pondera, então a doutrina:

"uma leitura apressada, feita sob a ótica da disciplina do antigo Refis, do novo § 2º do artigo 9º poderia levar à crença de se tratar de norma que faz referência ao momento final do parcelamento, ou seja, que o final do parcelamento, implicando em pagamento, levaria à extinção da punibilidade. Sim, o entendimento está correto, mas o dispositivo diz mais que isto. Em nosso entender, o

dispositivo pode perfeitamente ser interpretado de forma a permitir que sempre que houver pagamento, independentemente de ser o momento final do parcelamento, extinta estará a punibilidade e, agora, sem limite temporal, isto é, sem que o recebimento da denúncia inviabilize o efeito jurídico-penal do pagamento integral do tributo.

Esta interpretação se assenta em dois fundamentos. Primeiro deles: na disciplina anterior (no Refis), o § 3º expressamente atrelava a extinção da punibilidade ao pagamento das parcelas do parcelamento, verbis: "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal" (grifamos). A nova disciplina é bem diferente sob este aspecto, confira-se: "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o

pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios" (art. 9º, § 2º). O segundo deles reside na questão da igualdade: ***se o agente pode, a qualquer momento, parcelar o débito, suspendendo a punibilidade que, ao cabo do parcelamento, será extinta, com maior razão a mesma extinção deve atingir aquele que opta por, nem só ato, pagar integralmente o débito.***

Tal qual ocorre relativamente ao parcelamento, a nova disciplina dos efeitos jurídicos-penais do pagamento, por ser mais benéfica, retroage atingindo todos os cidadãos que se encontrem nesta situação, não importando, igualmente, o estágio processual *(art. 5º, XL, CF, art. 2º, CP)" (****HELOÍSA ESTELLITA****, "Pagamento e Parcelamento nos Crimes Tributários: a Nova Disciplina da Lei n. 10.684/03", in Boletim IBCCRIM, SP, set. 2003, p. 2-3).*

A nova disciplina, evidentemente mais benéfica ao réu, retroage para alcançar o presente caso (art. 5º, XL, da Constituição Federal), impondo à Corte o dever de outorgar

de ofício a ordem, nos termos do art. 61, caput, do Código de Processo Penal:

"Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício".

4. Por tais razões, concedo habeas corpus de ofício, para declarar extinta a punibilidade do crime imputado ao paciente, em virtude do pagamento do tributo a acessórios na forma prevista pelo art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03." (HC nº 81.929-0/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, ***in*** DJ 27/2/2004 - nossos os grifos).

Tem-se, assim, que a inclusão em regime de parcelamento dos débitos oriundos dos tributos ou contribuições sociais não recolhidos, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, suspende a punibilidade dos crimes tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, 168-A e 337-A do Código Penal, por força do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº 10.684/03, de eficácia retroativa, induvidosa por força do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

In casu, ao que se tem dos autos, os pacientes parcelaram os débitos tributários, mediante adesão ao REFIS - Programa de Recuperação fiscal, desde o dia 24 de abril de 2000 (fl. 43), ou seja, antes mesmo do recebimento da denúncia, que se deu na data de 13 de março de 2002, sendo de rigor, pois, a suspensão da punibilidade, por força do dispositivo inserido no artigo 9º, ***caput***, da Lei nº 10.684/03, enquanto os mesmos se mantiverem adimplentes com referido acordo.

Gize-se, em remate, que a nova lei não distingue quais os tipos de parcelamento possibilitam o gozo do referido benefício, tampouco se o tributo suprimido é de competência federal, estadual ou municipal, podendo, em casos tais como o dos autos, a opção pelo parcelamento de ICMS não recolhido, mesmo constituindo-se tributo de competência estadual, por configurar o delito tipificado no artigo 1ª da Lei nº 8.137/90, ensejar a suspensão da punibilidade requerida.

Ademais, a própria Lei nº 10.684/03, em seu artigo 2º, faz menção expressa à Lei nº 9.964/00, que instituiu o REFIS:

"Art. 2o Os débitos incluídos no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, de que trata a Lei no 9.964, de 10 de abril de 2000, ou no parcelamento a ele alternativo, poderão, a critério da pessoa jurídica, ser parcelados nas condições previstas no art. 1o, nos termos a serem estabelecidos pelo Comitê Gestor do mencionado Programa."

E o artigo 15 da Lei nº 9.964⁄00 aponta que:

"Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1° e 2° da Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde e inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1° A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2° O disposto neste artigo aplica-se, também:

*I - **a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei**;"* (nossos os grifos).

Tem-se, assim, que a Lei nº 10.684⁄03, ao acolher os parcelamentos feitos à luz da Lei nº 9.964⁄00, acolheu, por conseqüência, os parcelamentos decorrentes de *"programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados"*, hipótese em que se enquadram os pacientes.

O Pretório Excelso já se pronunciou sobre o tema, em decisão proferida pelo Ministro Cezar Peluso nos autos do HC nº 85.048 MC⁄RS, cujo trecho ora se transcreve:

"(...)

A norma agora vigente introduziu, pois, nova disciplina geral, para os efeitos do pagamento e do parcelamento na esfera de punibilidade dos crimes tributários (cf. HC nº 82.959). Isto quer dizer que essa nova disciplina, a do artigo 9º da Lei nº 10.684⁄03, se aplica, indistinto, a todos os crimes tributários e a todas as formas de parcelamento, qualquer que seja o programa ou o regime que, instituído

pelo Estado, sob este ou aquele nome, no exercício de sua competência tributária, possibilite o pagamento parcelado do débito tributário. Donde ser agora adiáforo tratar-se do REFIS ou doutro programa legal. E mais: para os efeitos penais do parcelamento tornou-se, ainda, irrelevante o que suceda ou tenha sucedido na esfera administrativo-tributária, bastando, para os fins do art. 9º, o fato em si da concessão do parcelamento, com abstração de quando e como o haja logrado o contribuinte.

(...)"

Outro não foi, no particular, o entendimento do Ministério Público Federal, em parecer de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Samir Haddad, ***verbis***:

"(...)

In casu, afirmando-se que o tributo estadual (ICMS) não é alcançado pela Lei nº 10.684/03, estará sendo ferido o princípio da isonomia, pois não afirmado pelo legislador que sua aplicabilidade se dê somente no âmbito federal.

Assim, dispondo o art. 9º da referida lei que enquanto a pessoa jurídica estiver inclusa no ***regime do parcelamento***

do débito tributário *- sem especificar se débitos estaduais ou federais - estará suspensa a pretensão punitiva do Estado, já que consoante documentos anexos aos autos, as parcelas estão sendo pagas regularmente, mantendo a empresa adimplente, até porque, em última análise, compete à União, e não aos Estados, legislar privativamente sobre* ***direito penal****.*

Em brilhante lição doutrinária, destacou:

"Já a suspensão da pretensão punitiva passou a ser direito do acusado sempre que houver ingresso no programa de refinanciamento ou outro parcelamento, pouco importando o regime. É evidente, que em se tratando de norma tributária matizada de conteúdo penal, posto que trata de benefício penal, faz-se presente o princípio da retroação "in melius", por meio do qual a lei deve retroagir para beneficiar, não se podendo supor que os atuais processados não tenham direito de também ingressarem no contingente de favorecidos.

Outra conseqüência da norma penal inserta no artigo 9º da Lei do PAES, e que muitas vezes passa despercebida,

é a extensão do benefício penal da suspensão/extinção da pretensão punitiva para todos os casos de não pagamento de tributos estaduais e municipais, subsumíveis aos tipos penais ali descritos. *Dessa forma,* ***a suspensão/extinção da punibilidade dos crimes relacionados com o inadimplemento de tributos estaduais e municipais não fica condicionada à iniciativa destes entes Federados fixarem novos programas de refinanciamento de suas dívidas.*** *O benefício poderá ser aplicado mesmo que não haja legislação estadual e legislação municipal instituindo novos programas de refinanciamento das suas respectivas dívidas,* ***a uma porque o artigo 9º não faz qualquer exceção, a duas porque a competência para legislar em matéria de Direito Penal é exclusiva da União Federal, a três porque é inadmissível e ofensivo à isonomia constitucionalmente garantida, limitar-se as benesses do artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003, apenas aos privilegiados que puderam optar pelo PAES.***

Assim, ***o legislador federal, em um único diploma legislativo, tratou de instituir uma espécie de moratória fiscal para os devedores da União, adicionando estímulos por meio de efeitos penais. Tais efeitos são extensíveis às demais entidades tributantes, mesmo que elas não promovam novos e respectivos "PAES". Daí a produção de efeitos penais aos processados penalmente na justiça estadual, que se decidam e consigam parcelamentos, mesmo após o recebimento da denúncia. Do contrário, poder-se-ia falar em manicômio processual penal supor-se possível suspensão/extinção da punibilidade para um "sonegador" do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, por exemplo, que faça a adesão a programa de parcelamento ou realize o pagamento integral do tributo na data em que é submetido ao interrogatório - conseqüência do disposto no § 2º do artigo 9º da lei analisada - e a mera aplicação da circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, "b", do Código Penal, caso este mesmo "sonegador" em***

> ***questão estivesse relacionado com o não recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, de competência dos Estados-Membros e também optasse pela parcelamento ou pagamento integral do tributo sonegado."*** " (fls. 227/228).
>
> Pelo exposto, concedo a ordem para declarar suspensa a punibilidade do crime e, em conseqüência, suspender o processo da ação penal a que responde o paciente, como incurso nas sanções do delito tipificado no artigo 1º, incisos II e IV, combinado com os artigos 11, ***caput***, e 12, inciso I, todos da Lei nº 8.137/90.
>
> É O VOTO" (cópia anexa).

3.1 - CONFRONTO ANALÍTICO DOS JULGADOS

Como se verifica pela transcrição ora feita, é evidente o paralelismo entre o caso tratado no julgado trazido à colação e a hipótese decidida pelo v. acórdão recorrido: em ambos os processos houve decisão sobre os efeitos do parcelamento de débito tributário

estadual na persecução criminal, ainda pendente de quitação. Contudo, as soluções aplicadas apresentam-se opostas.

Enquanto para o v. acórdão impugnado, o parcelamento do débito implica a extinção da punibilidade:

> "Segundo demonstrado nos autos, A.P.T. e M.P.T.L. eram sócias da firma COREMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS LTDA. e teriam cometido, em tese, crime contra a ordem tributária e obtido, perante o Fisco, o parcelamento do débito fiscal apurado, razão pela qual foi julgada extinta a punibilidade com fulcro no artigo 9º, § 2º, da Lei n° 10.684/03.
>
> (...)
>
> A norma do artigo 9º, § 2º, da Lei n° 10.684/03, em que pesem os Julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal aqui colacionados, deve imperar e possibilitar a extinção da punibilidade dos envolvidos naquilo que existia, em tese, antes da novação havida" (fls. 215 e 217).

Para o v. acórdão paradigma tal benesse autoriza apenas a suspensão da persecução criminal:

> "Tem-se, assim, que a inclusão em regime de parcelamento dos débitos oriundos dos tributos ou contribuições sociais não recolhidos, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, suspende a punibilidade dos crimes tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137⁄90, 168-A e 337-A do Código Penal, por força do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº 10.684⁄03, de eficácia retroativa, induvidosa por força do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.
>
> (...)
>
> Gize-se, em remate, que a nova lei não distingue quais os tipos de parcelamento possibilitam o gozo do referido benefício, tampouco se o tributo suprimido é de competência federal, estadual ou municipal, podendo, em casos tais como o dos autos, a opção pelo parcelamento de ICMS não recolhido, mesmo constituindo-se tributo de competência estadual, por configurar o delito tipificado no

> artigo 1ª da Lei nº 8.137/90, ensejar a suspensão da punibilidade requerida" (cópia anexa).

Em síntese, enquanto o v. julgado recorrido entendeu que o parcelamento do débito tributário estadual deve "...**possibilitar a extinção da punibilidade**", conforme a "...**norma do artigo 9º, § 2º, da Lei n° 10.684/03**", o v. acórdão trazido à colação, contrariamente, decidiu que tal parcelamento apenas "...**suspende a punibilidade dos crimes**..." (...) "...**por força do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº 10.684/03**".

Assim, melhor a nosso ver, a solução encontrada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que deve prevalecer.

4. DO PEDIDO

Ante o exposto, demonstrado o dissídio jurisprudencial e a ofensa aos termos da lei federal, aguarda seja **deferido** o processamento do presente Recurso Especial por essa Egrégia Presidência, bem como seu ulterior **conhecimento e provimento** pelo

Colendo Superior Tribunal de Justiça para que, cassada a r. decisão impugnada, seja determinada a suspensão da pretensão punitiva do Estado, nos termos do artigo 9º, "caput", da Lei nº 10.684/03, em razão do parcelamento do débito tributário, ainda pendente de quitação.

São Paulo, 05 de outubro de 2009.

PERSEU GENTIL NEGRÃO
Procurador de Justiça

EDUARDO ARAUJO DA SILVA
Promotor de Justiça Designado

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do "CD"