

25/04/2013

PLENÁRIO

INQUÉRITO 3.102 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **NEWTON CARDOSO**
ADV.(A/S) : **LUÍS CARLOS PARREIRAS ABRITTA**

Penal. Rejeição da denúncia. Recurso em Sentido Estrito. Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal em 1ª Instância. Réu com prerrogativa de foro. Legitimidade do Procurador-Geral da República. Falsificação de documento Público (GFIP). Sonegação de contribuição previdenciária. Falso utilizado como crime-meio para a sonegação. Princípio da consunção. Ausência de constituição definitiva do crédito. Súmula Vinculante n. 24 do STF. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente), na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 25 de abril de 2013.

Ministro **GILMAR MENDES**

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente.

25/04/2013

PLENÁRIO

INQUÉRITO 3.102 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **NEWTON CARDOSO**
ADV.(A/S) : **LUÍS CARLOS PARREIRAS ABRITTA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida pela 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG, que rejeitou denúncia oferecida em desfavor de NEWTON CARDOSO, Deputado Federal nesta Legislatura.

De acordo com a inicial acusatória, o denunciado, representante judicial da pessoa jurídica SOCIEDADE CULTURAL SANTA RITA, teria informado as remunerações de seus empregados (competências de 04/2006 a 13/2007) nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Fundo de Serviço (FGTS) e nas Informações à Previdência Social (GFIP) com código de empresa filantrópica, sem possuir o necessário certificado de isenção emitido pela Previdência Social ou Receita Federal. Ao agir assim, teria deixado de recolher as contribuições previdenciárias devidas.

Dessarte, o Ministério Público Federal imputou ao representante legal da sociedade a prática dos crimes tipificados nos art. 297, § 4º, e art. 337-A, inciso III, do Código Penal Brasileiro, combinado com o artigo 71 do mesmo diploma legal.

Quanto ao crime do art. 337-A, inciso III, a inicial acusatória pugnou pela suspensão da ação penal, única e exclusivamente em relação a esse crime, porquanto suspensa a exigibilidade do crédito previdenciário, em virtude de impugnação na esfera administrativa por parte do

INQ 3102 / MG

denunciado.

Conclusos os autos, o Juízo *a quo* rejeitou a denúncia, por entender que o crime de falsificação previsto no art. 297, § 4º constituiria crime meio para a prática do delito do art. 337-A, inciso III, razão pela qual o primeiro estaria absorvido pelo segundo.

E em relação àquele do art. 337-A, inciso III, o referido Juízo asseverou que a impugnação da exigibilidade de crédito previdenciário obstaría a instauração de ação penal. Assim, determinou o arquivamento provisório da denúncia, com a ressalva do art. 18 do Código de Processo Penal.

Contra essa decisão, o Ministério Público Federal no Estado de Minas Gerais ofereceu recurso em sentido estrito e, diante do fato de NEWTON CARDOSO ter sido diplomado Deputado Federal em dezembro de 2010, requereu a remessa dos autos a este Supremo Tribunal Federal.

Em seu recurso, sustenta, em síntese:

“(i) Que o denunciado teria agido em concurso formal em relação aos dois crimes discutidos neste inquérito, já que a potencialidade lesiva de ambos é diversa. A saber, a do crime de falsificação seria contra a fé pública, enquanto a do delito de sonegação atingiria a própria saúde financeira da Previdência Social.

(ii) Que o crime do art. 337-A, inciso III, é de natureza formal. Desse modo, a constituição definitiva do crédito previdenciário não configuraria condição objetiva para a propositura de ação penal pela prática deste delito.

(iii) Que o Enunciado nº 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal não haveria de ser aplicada à hipótese em tela, por esse Enunciado dizer respeito apenas aos delitos previstos nos incisos I a IV do art. 1º da Lei nº

INQ 3102 / MG

8.137/1990”.

Como questão prejudicial, o Ministério Público requereu, diante do teor dos artigos 91, *caput*, e 116, inciso I, do Código de Processo Penal, a suspensão do prazo prescricional para a punibilidade do delito do art. 337-A, inciso III.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do recurso para que a decisão recorrida fosse inteiramente modificada e, assim, que fosse instaurada ação penal em desfavor de NEWTON CARDOSO pela prática dos referidos delitos.

Recebidos os autos nesta Corte, a Procuradoria-Geral da República se pronunciou no sentido de ratificar, em parte, os termos do recurso em sentido estrito, com o consequente recebimento da denúncia, tão somente em relação ao crime do art. 337-A, inciso III, do CP.

Instada a se manifestar, a defesa, em síntese, aduziu:

“(i) A ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais para interposição do presente recurso.

(ii) A ilegitimidade passiva do denunciado, eis que a responsabilidade pelas práticas que lhe foram imputadas caberia, segundo o próprio Estatuto da Sociedade, ao Primeiro Tesoureiro, e não a seu Presidente.

(iii) A atipicidade de sua conduta, já que a denúncia não teria oferecido quaisquer indícios tendentes a comprovar, concretamente, que o Deputado Federal incorreu na prática de falsificação de documento ou de sonegação de contribuições previdenciárias.

(iv) A necessidade de constituição definitiva de crédito tributário para configuração material mínima do delito do art. 337-A, inciso III, e por conseguinte necessária para a instauração de ação penal.

(v) Ocorrência de *bis in idem* acusatório, já que o art. 297,

INQ 3102 / MG

§4º, seria mero crime meio para a consecução da prática tipificada no art. 337-A, inciso III”.

Por fim, requereu a defesa, fosse negado provimento ao recurso, mantendo-se a sentença que rejeitou a denúncia.

É o relatório.

25/04/2013

PLENÁRIO

INQUÉRITO 3.102 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Consoante relatado, cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal Criminal de Belo Horizonte/MG, que rejeitou denúncia oferecida contra NEWTON CARDOSO pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos artigos 297, § 4º, e 337-A, inciso III, ambos do Código Penal

O recurso apresentado pelo Ministério Público Estadual de Minas Gerais lastreia-se, em síntese, nos seguintes argumentos: (i) possibilidade de configuração de concurso formal entre os crimes dos artigos 297, § 4º, e 337-A, inciso III; (ii) natureza formal do delito de sonegação de contribuição previdenciária; e (iii) não aplicação do Enunciado 24 da Súmula Vinculante desta Suprema Corte ao caso em tela.

Preliminarmente, deve ser ressaltada a improcedência das alegações do recorrido quanto à ilegitimidade ativa da entidade ministerial para ter interposto este recurso em sentido estrito.

Como ressaltado pelo próprio Procurador-Geral da República, a despeito de o Ministério Público ter, na primeira instância, apresentado este recurso em momento posterior à diplomação de NEWTON CARDOSO como Deputado Federal, assim o fez unicamente em razão do tempo exíguo para recorrer da decisão que rejeitou a denúncia oferecida.

Além disso, a Procuradoria da República em Minas Gerais, requereu, inclusive em data anterior à interposição do recurso, a remessa do presente feito a este Supremo Tribunal Federal, em plena observância aos artigos 53, §1º, e 102, inciso I, da Constituição.

INQ 3102 / MG

Ratificados, posteriormente, os termos da denúncia oferecida no Juízo de origem pelo Procurador-Geral da República, não há de ser questionada a legitimidade ativa da entidade ministerial para interposição do recurso a ser ora apreciado.

A jurisprudência desta Corte, aliás, é assente quanto à possibilidade de o Procurador-Geral da República ratificar atos processuais praticados por Ministério Público Estadual em primeira instância (Inq 2.471/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 1.3.2012; Rcl 7.358/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 3.6.2011; HC 83.006/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29.8.2003).

Pois bem. Segundo a denúncia, o recorrido, representante judicial da pessoa jurídica SOCIEDADE CULTURAL SANTA RITA, teria informado as remunerações de seus empregados (competências de 04/2006 a 13/2007) nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Fundo de Serviço (FGTS) e nas Informações à Previdência Social (GFIP) com código de empresa filantrópica, sem possuir o necessário certificado de isenção emitido pela Previdência Social ou Receita Federal, de modo a ter incorrido, portanto, na prática de sonegações de contribuições previdenciárias, bem como na de omissão de informação em documento previdenciário.

Ao rejeitar a denúncia, o Juízo *a quo* assim asseverou:

Inicialmente, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 81.611, firmou entendimento no sentido de que a comprovação do tributo devido é condição objetiva de punibilidade. Assim, há a necessidade de constituição definitiva do crédito tributário previamente ao início da ação penal, sendo este o momento de consumação do delito.

Na espécie, diante da informação fornecida pela Receita Federal do Brasil (fls. 66), verifica-se que está suspensa a exigibilidade do

INQ 3102 / MG

crédito objeto do Auto de Infração nº 37.219.716-7, em razão da discussão, ainda no âmbito administrativo quanto ao débito previdenciário. De tal maneira que, aina não lançado definitivamente o débito tributário, há verdadeiro óbice à propositura da ação penal, por isso que ausente a materialidade” .

E quanto ao crime do art. 297, § 4º, consignou o seguinte: *Por sua vez, a despeito dos judiciosos argumentos trazidos pela exordial acusatória, não há como se colher a tese de que configurada na espécie a existência de tipos penais autônomos ou concurso material de crimes .*

Justificou esse entendimento nos seguintes termos:

Isso porque a omissão descrita no §4º do art. 297 do Código Penal constitui, na hipótese em apreço, elementar do delito tipificado no art. 337-A do mesmo diploma normativa que, por apresentar como objeto material contribuição previdenciária e qualquer acessório, configura espécie de tributo com destinação específica, qual seja, o custeio da Seguridade Social .

E finalizou:

Além disso, a falsidade documental que tenha por escopo suprimir ou reduzir tributo não é delito autônomo, mas sim crime-meio para a supressão ou redução, que é o crime-fim. Mais corrobora o raciocínio a inexistência nos presentes autos de elementos probatórios que demonstrem o direcionamento do ato omissivo com objetivo diverso de se alcançar a sonegação fiscal .

De início, cumpre analisar o acerto ou desacerto da decisão, ao afirmar que: *Nesse contexto, não tendo o falsum autonomia lesiva, resta absorvido pela sonegação (...)* .

Sustentou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais que os referidos crimes tutelam bens jurídicos diferentes, sendo, portanto,

INQ 3102 / MG

inaplicável o princípio da consunção no presente caso.

De início, lembro os ensinamentos de Francisco de Assis Toledo:

“Há, na lei, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade) nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime. Um exemplo disso temos na violação do domicílio (CP, art. 150), que lesa a liberdade da pessoa, e no furto (art. 155), lesivo ao patrimônio.

Se, todavia, a violação da residência é o meio empregado para a consumação do furto, a punição deste último crime absorve a punibilidade do primeiro. A norma mais ampla, mais abrangente, do furto, ao incluir como um de seus elementos essenciais a *subtração*, ou seja, o apossamento da coisa contra a vontade do dono, abrange a hipótese de penetração na residência, contra a vontade do dono, para o apossamento da coisa. Essa norma mais ampla consome, absorve a proteção parcial que a outra menos abrangente objetiva.

Note-se que a violação do domicílio não é etapa ou passagem necessária para o furto, como ocorre com a lesão corporal em relação ao homicídio, pelo que a aplicação do princípio da subsidiariedade tácita seria discutível, embora defensável. Mas, estando esse fato prévio abrangido pela prática do crime mais grave, numa relação de meio para fim, é por este consumido ou absorvido”. (Princípios Básicos de Direito Penal, p. 52-53).

Colhe-se desse ensinamento que é da essência do princípio da consunção a necessária convergência de tratamento jurídico-penal no caso de normas que protejam bens jurídicos diferentes. Esse parâmetro, todavia, não é suficiente para solucionar a unidade ou a pluralidade de ações.

INQ 3102 / MG

Sobreleva destacar que *a ideia de uma unidade natural de acção ou possui carácter insuportavelmente indeterminado, visando permitir que o aplicador alcance, em cada caso, a solução que julgue mais razoável; ou (quando se não confunda com a figura do crime continuado) reconduz-se a uma qualquer forma de unidade típica de acção. Na parte excedente representa, do ponto de vista político-criminal e jurídico-constitucional, um convite inadmissível ao incumprimento (ou ao cumprimento ligeiro) do mandado de esgotante apreciação insito ao princípio ne bis in idem.* (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Parte Geral Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, p. 985).

Elucidativa, igualmente, a lição do saudoso Nélson Hungria:

“Consumção. Finalmente, uma norma se deve reconhecer consumida por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma fase de realização do crime previsto por esta, ou é necessária ou normal forma de transição para o último (*crime progressivo*) . O crime previsto pela norma *consuntiva* representa a etapa mais avançada da efetuação do malefício, aplicando-se, então, o princípio que *major absorbet minorem*. Os fatos, aqui, também não se acham em relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim.

É de notar-se ainda que a exclusão de uma norma por outra pode ocorrer mesmo no caso em que não haja unidade de fato ou um só contexto de ação. Um fato, embora configure crime, pode deixar de ser punível quando *anterior* ou *posterior* (*straflose Vor und Nachtat*) a outro crime mais grave, pressuposta a unidade do agente, nas seguintes hipóteses:

- a) quando o crime *anterior* serve, necessária ou normalmente, de *meio* para cometer o crime subsequente (mais grave);
- b) quando o crime *posterior* incide na linha de atuação do fim que se propôs o agente ao cometer o primeiro crime;
- c) quando se trata de fatos compreendidos num só artigo

INQ 3102 / MG

penal, como formas ou modos de um mesmo crime (crime de conteúdo variado);

d) quando a lesão ao bem jurídico acarretada pelo crime anterior torna indiferente o fato posterior". (Comentários ao Código Penal, Forense, 1980, v. I, tomo I, p.147-148).

Na hipótese, como destacado pelo magistrado de primeiro grau, o crime de *falso* é meio – frise-se, necessário – à consumação do crime de sonegação de contribuição previdenciária. E a simples leitura dos incisos do artigo 337-A do Código Penal evidencia essa afirmação.

Observe-se que o *caput* do art. 337-A textualmente explicita que a *supressão ou redução* da contribuição social previdenciária dá-se *mediante as seguintes condutas*: I) omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurado empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II) deixar de lançar mensalmente, nos títulos próprios da contabilidade da empresa, as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III) omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

É verdade que, ao se omitir da folha de pagamento informações sobre os empregados, meio pelo qual o empregador logra consumir a sonegação de contribuição previdenciária, também ofende-se legítimos interesses desses trabalhadores. Esta ofensa, porém, é um *minus* em relação à sustentabilidade da Previdência Social. Aliás, dessa decorre a própria subsistência do direito daquele trabalhador.

Apesar de a potencialidade ofensiva, de fato, ser distinta a saber, o crime de falsificação atenta contra a fé pública, ao passo que o de sonegação previdenciária fere a própria saúde financeira da Previdência Social, há de ser averiguada a ofensa da conduta supostamente delitiva,

INQ 3102 / MG

pautando-se na concretude dos fatos narrados na inicial.

Pelo relato da inicial acusatória, o denunciado teria informado às Guias de Recolhimento do FGTS e da GFIP as remunerações pagas a seus empregados com código de empresa filantrópica, sem ter o certificado necessário para tal. Ainda que fosse possível vislumbrar, em tese, a possibilidade de utilização dessa declaração falsa para outros fins, o delineamento fático do caso demonstra que esta suposta ação irradiou efeitos lesivos apenas aos interesses da Previdência Social.

Insta observar que o suposto falso limita-se à inserção, nas guias próprias, do código de empresa filantrópica. Não houve, propriamente, falsificação material de documentos, muito menos, do próprio certificado de empresa filantrópica.

Este Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.453/PA, Rel. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 4.2.2005, consolidou entendimento no sentido de que o crime de sonegação fiscal absorve o de falsidade ideológica quando este é necessário à própria configuração típica daquele:

Crimes contra a ordem tributária, quadrilha e falsidade ideológica.

1. O aperfeiçoamento do delito de quadrilha ou bando não depende da prática ou da punibilidade dos crimes a cuja comissão se destinava a associação criminosa.

2. Por isso, a suspensão da punibilidade de crimes contra a ordem tributária imputados a membros da associação para delinquir, por força da adesão ao REFIS II (L. 10684/03), não se estende ao de quadrilha.

3. **O crime contra a ordem tributária absorve os de falsidade ideológica necessários à tipificação daqueles ; não, porém, o *falsum* cometido na organização da quadrilha. (grifos nossos).**

INQ 3102 / MG

Desse modo, é possível concluir que, quanto aos fatos imputados ao recorrido, o delito do art. 297, § 4º, há de ser considerado absorvido pela suposta prática do crime do art. 337-A, inciso III.

Impende consignar que o Procurador-Geral da República, às fls. 120-121, entendeu ser atípica a conduta do Deputado Federal no que tange ao delito do art. 297, § 4º, do Código Penal. Por essa razão, ratificou os termos do recurso em sentido estrito, outrora interposto, para imputar ao denunciado somente a prática do delito previsto no art. 337-A, inciso III, do mesmo diploma legal. Aliás, asseverou que, em momento algum, houve narrativa no sentido de ter o denunciado omitido quaisquer informações referidas no art. 297, que assim se encontra redigido:

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

(...)

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:

I - na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;

II - na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;

III - em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.

§ 4º Nas mesmas penas incorre **quem omite** , nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços. (grifos nossos)

INQ 3102 / MG

Poder-se-ia vislumbrar, *ad argumentandum tantum*, a subsunção da conduta ao disposto no inciso III do § 3º do art. 297. Não obstante, consoante já delineado anteriormente, essa conduta seria absorvida pela posterior prática de sonegação de contribuições previdenciárias.

Passo, então, a analisar a segunda questão posta. Em síntese: a necessidade ou não da constituição do crédito tributário, como condição objetiva de punibilidade, na hipótese de ação penal que tem como objeto o crime de *sonegação de contribuição previdenciária*, previsto no art. 337-A do Código Penal:

Art. 337-A. **Suprimir** ou **reduzir** contribuição social previdenciária e qualquer acessório, **mediante as seguintes condutas** :

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
(grifos nossos)

Como se observa, trata-se de tipo misto, alternativo, em que os núcleos são *suprimir* (eliminar, desaparecer, extinguir) e *reduzir* (diminuir), que se perfectibiliza mediante as condutas descritas nos incisos I a III.

Considerando a objetividade jurídica do delito, *prima facie*, é difícil

INQ 3102 / MG

sustentar que as condutas que importam em *suprimir* ou *reduzir* a contribuição previdenciária estejam desvinculadas de qualquer materialidade.

É fato que, quanto à natureza desse crime, a doutrina divide-se, atribuindo-lhe ora natureza material (*vg.* Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, 7ª edição, p. 854; Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, RT, 8ª edição, p. 727) ora formal (*vg.* Guilherme Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, RT, 11ª edição, p. 1.214; Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, Saraiva, 6ª edição, Vol. 5, p. 289).

Por comungar dos argumentos, destaco excertos doutrinários de José Paulo Baltazar Junior e de Rui Stoco:

O tipo ora introduzido constitui forma específica daquele do art. 1º da Lei nº 8.137/90, distinguindo-se pelo objeto, que é aqui a *contribuição social previdenciária*, enquanto o crime da lei especial pode recair sobre outro tributo.

O delito em exame submete-se, no geral, ao mesmo regime do crime contra a ordem tributaria previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90, exigindo-se, por conseguinte, o lançamento definitivo para o oferecimento da denúncia. (*Crimes Federais*, Livraria do Advogado, p. 171)

"A adoção da Lei 8.137/90 como modelo para a criminalização da sonegação de contribuição previdenciária: Salta aos olhos que o legislador, para estabelecer as figuras penais de sonegação de contribuição previdenciária no art. 337-A do Código Penal, inspirou-se, felizmente, nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27.12.1990, que define os crimes contra a ordem tributária.

Abandonou, definitivamente, a previsão de condutas erigidas à condição de figuras delituosas, construindo crimes de mera conduta, em que a só manifestação do comportamento previsto na lei já caracterizava o delito,

INQ 3102 / MG

independentemente da ocorrência de um resultado no mundo físico, como ocorria com as figuras estabelecidas no art. 95 da Lei 8.212, de 24.07.1991, agora expressamente revogada pela Lei 9.983, de 14.07.2000.

Esta, além de prever figuras típicas de sonegação fiscal, em que não basta a conduta, exigindo-se intenção e resultado, pulverizou as demais figuras do revogado art. 95 da lei anterior e inúmeras normas autônomas, disseminadas no Código Penal (arts. 313-A, 313-B, 168-A e outros acréscimos em normas já existentes).

(...)

Consumação: Cuidando-se de crime material, consuma-se com a efetiva supressão ou redução de contribuição previdenciária e não apenas com a realização das condutas omissivas descritas nos incisos I a III. Aliás, como antes observado, a conduta omissiva é apenas meio e modo para se obter o fim buscado, ou seja a sonegação. A conduta omissiva existe apenas para a realização do tipo." (STOCO, Rui e STOCO; Tatiana de O. *Dos crimes contra a administração pública*. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação, Doutrina e Jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1597-1604).

E, de fato, não consigo encontrar justificativa razoável para sustentar tratamento distinto ao tipo previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90 e àquele previsto no art. 337-A do Código Penal.

No que tange aos crimes tributários previstos nos incisos I a IV do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, a necessidade de lançamento de crédito tributário para configuração típica desses delitos já é matéria pacificada, de tal modo que este Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado nº 24 de sua Súmula Vinculante, que assim dispõe: *Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo* .

INQ 3102 / MG

O norte precípua desse enunciado é o fato de que, enquanto não constituído o crédito tributário, sequer é possível afirmar que este é devido. Dessarte, como seria possível imputar a alguém a prática de ter sonegado contribuição sem ter a ciência de ser ou não o crédito efetivamente devido?

O único argumento delineado pelo Ministério Público a ir de encontro à aplicabilidade desse enunciado ao presente caso consiste no fato de a Justiça do Trabalho ter competência para reconhecer créditos de contribuições sociais, o que demonstraria a prescindibilidade do lançamento definitivo de crédito previdenciário por parte da Administração Pública para configuração típica do crime.

Ora, ocorre que esse argumento parte de premissa equivocada.

A questão reside em saber se o crédito é ou não devido, e não em averiguar quem deve ou pode averiguar sua exigibilidade. Acrescentando-se, por respeito à argumentação, que a competência reconhecida pelo art. 114, inciso VII, da Constituição, à Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias é aquela decorrente das sentenças que proferir. Logo, o pressuposto de exigibilidade é a constituição do crédito pela própria decisão trabalhista.

De fato, o Enunciado nº 24 da Súmula Vinculante desta Suprema Corte não é de aplicabilidade obrigatória à hipótese em tela, uma vez que não versa expressamente sobre o art. 337-A do Código Penal.

Contudo, desde o julgamento do Recurso Extraordinário 146.733/SP, de relatoria do Ministro Moreira Alves, esta Corte tem reiteradamente considerado, em seus julgados, que as contribuições devidas à Previdência Social possuem natureza tributária (AgRg no RE 564.601/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 13.3.2009; RE 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 14.11.2008; AgRg no AI

INQ 3102 / MG

679.355/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 19.12.2007; AgRg no RE 405.885/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 9.9.2005).

Assim, a sistemática de imputação penal por crimes de sonegação contra a Previdência Social deve se sujeitar à mesma lógica aplicada àqueles contra a ordem tributária em sentido estrito.

Necessário ressaltar que, no presente caso, a exigibilidade do crédito previdenciário supostamente devido, ao tempo do oferecimento da denúncia, estava suspensa em virtude de o ora recorrido ter apresentado impugnação nos autos da Representação Fiscal para Fins Penais nº 10976.000004/2010-02.

Enquanto pendente a constituição definitiva de crédito previdenciário, que possui natureza tributária, não há como se imputar a alguém a prática de sonegação de contribuição previdenciária, simplesmente por persistir a dúvida quanto ao fato de essa contribuição ser devida ou não.

Ressalto, como aliás requerido, que se encontra *“suspense, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta o lançamento definitivo”* (RE 230020/SP e HC 81.611).

Dessarte, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso em sentido estrito ora interposto, mantendo-se os termos da decisão de primeira instância que rejeitou a denúncia.

É como voto.

25/04/2013

PLENÁRIO

INQUÉRITO 3.102 MINAS GERAIS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, em primeiro lugar, preconizo a correção da autuação para, em vez das iniciais dos envolvidos, constar os nomes completos, tendo em conta o princípio da publicidade, a medula da própria Administração Pública, possibilitando, portanto, o acompanhamento do dia a dia pelos cidadãos em geral.

25/04/2013

PLENÁRIO

INQUÉRITO 3.102 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **NEWTON CARDOSO**
ADV.(A/S) : **LUÍS CARLOS PARREIRAS ABRITTA**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eminente Ministro Marco Aurélio, então, primeiramente, vou submeter ao Plenário essa ponderação de Vossa Excelência.

Enunciamos, então, e reautuamos ambos os inquéritos com os nomes dos indiciados, conforme assentamos inclusive na Sessão Administrativa.

Portanto, nós reautuaremos os inquéritos para que conste que os investigados no Inquérito 3.141, são Newton Cardoso e Newton Cardoso Júnior e, no Inquérito 3.102, Deputado Newton Cardoso.

Vossa Excelência prossegue.

25/04/2013

PLENÁRIO

INQUÉRITO 3.102 MINAS GERAIS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, indago se a questão alusiva à ilegitimidade de quem subscreveu o recurso está ligada apenas ao em sentido estrito no Inquérito nº 3.102.

O SENHOR LUÍS CARLOS PARREIRAS ABRITTA (ADVOGADO) - Somente nesse.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Peço vênua, Presidente, ao relator para não conhecer, nesse caso, do recurso.

O que apontou o Ministério Público, já agora sediado em Brasília? Que, em primeiro lugar, deve-se consignar que a decisão mediante a qual se rejeitou a denúncia em primeira instância foi proferida em 16 de dezembro de 2010, dia anterior à diplomação do denunciado para o mandato de deputado federal.

Então, o ato praticado pelo Juízo mostrou-se realmente enquadrável no figurino alusivo à competência. Vem a justificativa para o recurso ter sido subscrito pelo Procurador da República em atuação nas Minas Gerais e não pelo Geral da República:

Posteriormente, em 16 de janeiro de 2011, o Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito contra a sentença proferida pelo juízo. Embora o Procurador da República não possuísse mais atribuição para atuar no feito, o fez em razão do prazo exíguo para a interposição do referido recurso, cinco dias – artigo 586 do Código de Processo Penal.

O fator "prazo exíguo" é neutro para definir-se se poderia, ou não, o Procurador, personificando o Estado-acusador, interpor o recurso. E o Supremo tem jurisprudência no sentido de que, no caso de haver a prerrogativa de foro, o ato praticado na origem pelo membro do Ministério Público não subsiste. E, não subsistindo esse ato, não tenho

INQ 3102 / MG

como conhecer desse recurso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso com relação ao Inquérito 3.102?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Esse é o Inquérito nº 3.102.

No mais, se por acaso vencido, Presidente, quanto a esse aspecto, há a articulação de que teria sido acusado o hoje deputado federal Newton Cardoso, apenas pela condição de presidente da sociedade. Mas não é isso que está retratado na peça primeira do Ministério Público. Nela, há referência a atos de administração da própria sociedade, aludindo-se inclusive ao estatuto.

Então, ultrapassada a problemática do conhecimento do recurso, não tenho como acolher o que articulado.

Resta a última questão, ou seja, a absorção do que se mostra como crime meio. Penso que sobre a matéria não há controvérsia. O falso é absorvido pelo crime do artigo 337-A do Código Penal – Sonegação de contribuição previdenciária. Comungo, no particular, com o relator.

A última questão está ligada à existência de processo administrativo, em que os interessados se insurgiram contra os autos de infração. Há referência, por exemplo, na denúncia do Inquérito nº 3.141, ao montante do prejuízo. Esse prejuízo é que terá de ser apurado na fase administrativa, antes de chegar-se à persecução criminal propriamente dita.

Por isso, acompanho o relator.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E negar provimento a ambos os recursos. E, portanto, subsistindo a decisão original.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A consequência lógica é realmente essa, porque o juiz apontou que a matéria estaria

INQ 3102 / MG

controvertida na seara administrativa e assentou esse fundamento, para chegar à rejeição da denúncia.

Não tenho como, a essa altura, voltando a estágio pretérito, preconizar a suspensão da ação penal, uma vez provido o recurso para admitir-se, portanto, a denúncia.

No mais, acompanho Sua Excelência. Mas torno a frisar que, no Inquérito nº 3.102, o Estado-acusador, que atuou protocolizando o recurso em sentido estrito, não poderia fazê-lo, conforme reconhecido pelo próprio Procurador-Geral da República, muito embora justificando a participação ante a exiguidade do prazo recursal.

25/04/2013

PLENÁRIO

INQUÉRITO 3.102 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vou pedir vênia também ao eminente Ministro Marco Aurélio para acompanhar integralmente o Relator, conhecendo de ambos os recursos, entendendo também que o crime de falso é absorvido pelo 337-A do Código Penal e reafirmando a jurisprudência pacífica da Corte, no sentido de que não se pode instaurar uma ação penal com relação a um delito tributário enquanto a questão não estiver resolvida na seara administrativa.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO 3.102

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INVEST.(A/S) : NEWTON CARDOSO

ADV.(A/S) : LUÍS CARLOS PARREIRAS ABRITTA

Decisão: O Tribunal deliberou reautuar o processo para constar o nome completo do investigado. Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu do recurso, vencido o Ministro Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal, por unanimidade, negou-lhe provimento. Votou o Presidente. Ausentes o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), por participação no evento *Time 100 Gala*, organizado pela *Time Magazine*, e em seminário promovido pela Universidade de Princeton, ambos nos Estados Unidos, e, neste julgamento, os Ministros Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente). Plenário, 25.04.2013.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário