



ACÓRDÃO N.º:
APELAÇÃO PENAL
PROCESSO N.º 0009863-23.2013.8.14.0401
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª Turma de Direito Penal
COMARCA DE ORIGEM: Belém
APELANTE: Ministério Público do Estado do Pará
APELADO: José Ferreira de Oliveira (Advogado Diego Brito Coelho)
PROCURADOR DE JUSTIÇA: Francisco Barbosa de Oliveira
RELATORA: Des. Vania Fortes Bitar

APELAÇÃO PENAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PELO JUÍZO A QUO FACE A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO QUE SUBSIDIU A DENÚNCIA EM SEDE DE AÇÃO ANULATÓRIA NO JUÍZO CÍVEL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DESCONSTITUIU O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA CÍVEL, EM RAZÃO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL PELO ESTADO DO PARÁ – DECISÃO PASSÍVEL DE MODIFICAÇÃO PERANTE OS TRIBUNAIS SUPERIORES – HIPÓTESE DE QUESTÃO PREJUDICIAL HETEROGÊNEA FACULTATIVA, PREVISTA NO ART. 93, DO CPP, MOSTRANDO-SE RECOMENDÁVEL A SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO PENAL ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO NA ESFERA CÍVEL, POIS A DESCONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL NO JUÍZO CÍVEL FULMINA A MATERIALIDADE DELITIVA – INVIABILIDADE DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NA HIPÓTESE, POR FAZER COISA JULGADA MATERIAL, IMPEDINDO A PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO PENAL – APELO MINISTERIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A constituição definitiva do crédito tributário é condição sine qua non para o ajuizamento da ação penal que verse sobre o crime de sonegação fiscal.
2. A existência de ação cível em que se busca a anulação do auto de infração que subsidiou a denúncia, caracteriza questão prejudicial heterogênea facultativa, que, a teor do artigo 93, do CPP, poderá ocasionar a suspensão do curso do processo penal, a critério do juiz, pois a desconstituição do crédito fiscal no juízo cível afeta a ação penal, a qual carecerá de materialidade delitiva. Assim, tal suspensão se mostra recomendável no presente caso, cuja análise competirá ao juízo a quo, que deverá observar a regra supramencionada.
3. Hipótese em que a absolvição sumária do apelado está amparada na decisão que anulou o auto de infração que embasou a denúncia no juízo cível, cuja decisão ainda não transitou em julgado em razão da interposição de recurso especial pelo Estado do Pará, mostrando-se temerária a aludida absolvição na esfera penal, mormente porque o referido decisum é passível de modificação perante os Tribunais Superiores.
4. Em sendo a absolvição sumária uma decisão de mérito que ocorre após a resposta à acusação, nos termos do art. 397, do CPP, ou seja, antes do início da instrução probatória, ainda que venha a ser restabelecido o crédito tributário em instância superior, o Ministério Público estaria impedido de propor nova ação penal contra o recorrido, porquanto aludida absolvição faz coisa julgada material.
5. Recurso conhecido e provido, para reformar a sentença absolutória proferida nos autos, determinando-se ao juízo a quo que observe a regra do art. 93, do CPP. Decisão unânime.



Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos seis dias do mês de junho de 2017.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes.

Belém/PA, 06 de junho de 2017.

Desa. VANIA FORTES BITAR
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, inconformado com a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Crimes contra o Consumidor e a Ordem Tributária da Capital, que absolveu sumariamente o réu José Ferreira de Oliveira da prática delitiva tipificada no art. 1º, inc. I e II, c/c art. 12, inc. I, da Lei nº 8.137/90, e art. 71, caput, do Código Penal.

Nas razões recursais, o apelante alega que a ausência de decisão transitada em julgado na esfera cível acerca da nulidade do auto de infração que subsidiou a denúncia, inviabiliza a absolvição sumária do apelado antes mesmo da instrução criminal, haja vista se tratar de questão prejudicial heterogênea, na qual se exige a



existência de decisão definitiva a respeito, hipótese em que é facultado ao magistrado suspender o processo penal até que seja resolvida a questão em definitivo no juízo cível, nos termos do art. 93, do CPP.

Aduz ainda, que o decisum hostilizado não merece subsistir, pois no momento processual em que se encontrava o feito, vigora o in dubio pro societate, assim como a absolvição sumária, por se tratar de decisão de mérito que faz coisa julgada material, obstar a propositura de nova ação penal, ainda que sobrevenha decisão restabelecendo o lançamento do crédito tributário, motivos pelos quais requer a reforma da sentença proferida nos autos, para que o processo tenha sua regular instrução, podendo, inclusive, ser suspenso, nos moldes do art. 93, do CPP.

Em contrarrazões, o recorrido pugnou pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Nesta superior instância, o Procurador de Justiça Francisco Barbosa de Oliveira manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença absolutória, realizando-se a instrução criminal do feito.

É o relatório.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

In casu, depreende-se dos autos que a denúncia ofertada pelo Ministério Público teve escopo no Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 012010510001448-8, acostado às fls. 28, do qual se infere que o apelado deixou de recolher integralmente o ICMS devido por seu estabelecimento comercial, relativo à prestação de serviços de transporte, em virtude de haver se apropriado de crédito indevido de ICMS, proveniente de entradas de combustíveis e lubrificante (uso e consumo) no mês de outubro de 2009, motivo pelo qual foi denunciado como incurso nas sanções punitivas do art. 1º, inc. I e II, c/c art. 12, inc. I, da Lei nº 8.137/90, e art. 71, caput, do Código Penal.

Após a resposta do réu, o juiz a quo o absolveu sumariamente, em virtude da ausência de condição objetiva de punibilidade, consubstanciada na anulação provisória do auto de infração que subsidiou a denúncia, obstando, assim, o lançamento definitivo do crédito tributário.

Da cópia sentença colacionada às fls. 273-278, verifica-se que, nos autos da ação anulatória de débito fiscal (processo nº 0008529-60.2013.8.14.0301), a magistrada de piso julgou procedente o pedido, declarando a nulidade de vários autos de infração instaurados contra a empresa do ora recorrido, não se constatando no referido decisum a anulação do auto de infração que ensejou a propositura da ação penal em tela.

No entanto, observa-se que o juízo a quo julgou procedente os embargos de declaração opostos pela empresa do apelado, tendo declarado a nulidade dos



autos de infração de nº 012010510001449-6, 012012510000257-3 e 012010510001448-8, sendo este último que deu ensejo à ação penal em análise.

Dito isso, analisando-se o contexto fático e probatório constante nos autos, conclui-se que a pretensão do apelante merece prosperar, senão vejamos:

Como cediço, em se tratando de crime fiscal, a constituição definitiva do crédito tributário é sine qua non para a propositura da ação penal que verse sobre o crime de sonegação fiscal.

In casu, verifica-se que o auto de infração de nº 012010510001448-8, que serviu de substrato para o oferecimento da denúncia, restou anulado nos autos do processo nº 0008529-60.2013.8.14.0301, que tramitou perante o Juízo da 6ª Vara de Fazenda da Capital, cuja sentença restou mantida em sede de recurso de apelação (Acórdão nº 142892), tendo o Estado do Pará interposto recurso especial, impedindo, assim, o trânsito em julgado do referido acórdão.

Em que pese vigorar no ordenamento jurídico brasileiro a independência entre as esferas jurídicas, verifica-se que, in casu, a pendência de solução definitiva, no juízo cível, quanto à nulidade do auto de infração, apresenta-se como entrave ao regular desenvolvimento da ação penal.

Com efeito, a constituição definitiva do crédito tributário, imprescindível para a configuração do crime imputado ao apelado, deve ser primeiramente resolvida na esfera cível, uma vez que a sua desconstituição afeta diretamente a ação penal, a qual carecerá de materialidade delitiva.

Vê-se, portanto, que o ajuizamento de ação no juízo cível, na qual se discute a nulidade do auto de infração que subsidiou a proemial acusatória em tela, constitui questão prejudicial heterogênea facultativa, ou seja, um incidente processual que precisa ser resolvido em outro ramo do direito, sendo que, a teor do artigo 93, do CPP, poderá ocasionar a suspensão do curso do processo penal, a critério do juiz da causa.

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

Nesse caso, o juiz criminal poderá suspender o curso do processo penal, após a inquirição das testemunhas e a realização de outras provas de natureza urgente, nos termos do dispositivo acima transcrito.

A hipótese de suspensão da ação criminal em face da existência de um processo judicial cível, representa uma faculdade conferida ao magistrado, que deverá ser examinada e fundamentada à luz das particularidades do caso concreto.

Portanto, só é recomendável a suspensão do curso processual pela aplicação do art. 93, do CPP, que, repita-se, é facultativo, quando, diante as particularidades da



causa, o julgador se convencer da existência de questão de difícil solução que dependa da apreciação do juízo cível.

Assim, a existência de ação cível em que se busca a desconstituição do crédito tributário, como in casu, caracteriza questão prejudicial heterogênea facultativa, prevista no art. 93, do CPP, porquanto o reconhecimento da própria existência da infração penal depende de decisão a ser proferida no juízo cível, pois a sua desconstituição afeta a materialidade do crime fiscal, motivo pelo qual tal suspensão se mostra recomendável no presente caso, cuja análise competirá ao juízo a quo, que deverá observar a regra supramencionada.

Diante disso, mostra-se prudente, in casu, aguardar o desfecho em definitivo da ação que tramita no juízo cível.

Nesse sentido, verbis:

STJ: RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 93 DO CPP. FACULDADE JUDICIAL. PECULIARIDADES DO CASO. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL.

(...)

3. A constituição definitiva do crédito tributário é condição necessária para o ajuizamento da ação penal que verse sobre o crime de sonegação fiscal. Já a pendência de ação anulatória na esfera cível, quando muito, constitui questão prejudicial heterogênea facultativa que, a teor do artigo 93 do CPP, poderá ocasionar a suspensão do curso do processo, a critério do juiz natural da causa.

4. É recomendável a suspensão do curso processual pela aplicação do art. 93 do CPP quando, diante das particularidades da causa, o julgador se convencer da existência de questão de difícil solução que interfira na materialidade delitiva e dependa da apreciação do juízo cível.

(...)

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp 1066641/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 25/04/2014)

STJ: RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DESCONSTITUÍDO EM ACÓRDÃO PENDENTE DE TRÂNSITO EM JULGADO. QUESTÃO PREJUDICIAL EXTERNA. SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO. COISA JULGADA. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL.

1. Secundando o entendimento do Pretório Excelso, este Superior Tribunal de Justiça, por ambas as Turmas com competência em matéria penal, passou a decidir que o descaminho é crime formal e a persecução penal independe da constituição do crédito tributário. Ressalva do entendimento da relatoria.

2. Sendo desnecessária a constituição definitiva do crédito tributário para a tipificação do delito, não fica a ação penal instaurada para a apuração de crime de descaminho no aguardo de processo administrativo, ação judicial ou execução fiscal acerca do crédito tributário, tendo em vista a independência entre as esferas.

3. Todavia, a existência de decisão administrativa ou judicial favorável ao contribuinte provoca inegável repercussão na própria tipificação do delito,



caracterizando questão prejudicial externa facultativa que autoriza a suspensão do processo penal, a teor do artigo 93 do Código de Processo Penal.

4. Assim, ainda que o descaminho seja delito de natureza formal, a decisão judicial que conclui pela inexistência de importação irregular de mercadorias e anula o auto de infração, o relatório de perdimento e o processo administrativo fiscal repercute na própria tipicidade do fato, constituindo questão prejudicial externa que justifica e até recomenda a suspensão do processo penal instaurado até o trânsito em julgado da ação civil.

5. Idêntico raciocínio deve ser aplicado à persecução penal relativamente ao crime de quadrilha porque, embora autônomo, somente se configura quando a associação de pessoas tem o fim específico de cometer crimes, não subsistindo a justa causa para a ação penal se por força da questão prejudicial externa restar evidenciado que a associação se destinava à prática de fato atípico.

6. Não se conhece do recurso na parte em que o recorrente não impugna o fundamento do acórdão recorrido, o que evidencia deficiência na fundamentação recursal que impede o seu conhecimento ante à incidência dos Enunciados nº 283 e 284/STF.

7. Recurso parcialmente conhecido e improvido.

(REsp 1413829-CE. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgamento: 11/11/2014)

STJ: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DÉBITO FISCAL ANULADO POR DECISÃO JUDICIAL AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. SUSPENSÃO DAS INVESTIGAÇÕES ATÉ O JULGAMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. Consoante o disposto na Súmula Vinculante 24, "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei nº 8.13790, antes do lançamento definitivo do tributo".

2. No caso dos autos, conquanto o débito tributário tenha sido devidamente constituído na esfera administrativa, restou cancelado em razão de sentença proferida nos autos de ação declaratória de nulidade de débito tributário, ainda não alcançada pelo trânsito em julgado.

3. Com isso, não se pode afirmar que inexistente justa causa para a persecução penal, já que o recurso de apelação cível interposto pela Fazenda Pública é dotado de efeito suspensivo.

4. Entretanto, diante da peculiaridade verificada na hipótese, consubstanciada na existência de decisão judicial anulando o débito tributário supostamente devido pela empresa da qual o paciente é sócio, a prudência recomenda que se suspenda o curso da investigação policial deflagrada até que sobrevenha o julgamento do recurso interposto pela Fazenda Pública contra a sentença proferida na ação declaratória de nulidade, consoante o disposto no artigo 93, caput, do Código de Processo Penal. Precedente.

5. Suspensão do prazo prescricional, nos termos do artigo 116, inciso I, do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida. (HC 130.507SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 04/05/2011)

STJ: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA



PROFERIDA EM AÇÃO ANULATÓRIA, DESCONSTITUINDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO SOBRE O QUAL SE FUNDA A AÇÃO PENAL. MESMO AGUARDANDO REEXAME NECESSÁRIO, TRAZ DÚVIDA RAZOÁVEL SOBRE A EXISTÊNCIA DO DÉBITO TRIBUTÁRIO, ELEMENTAR DO TIPO DE SONEGAÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO ATÉ JULGAMENTO NA ESFERA CÍVEL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Havendo sentença na esfera cível desconstituindo o crédito tributário sobre o qual versa a ação penal, ainda que pendente de reexame necessário, consubstancia-se a plausibilidade do pedido de suspensão do curso do processo formulado.

2. Versando a discussão na esfera cível sobre questão que interfere no próprio reconhecimento da justa causa para a ação penal, razoável se faz o sobrestamento do feito até a decisão final.

3. Ordem concedida para sobrestar o curso do processo.

(HC 67.269PE, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05062007, DJ 10092007, p. 314)

Ademais, vê-se que a nulidade do auto de infração em questão, e a conseqüente desconstituição do crédito tributário, possui caráter meramente provisório, tendo em vista que se encontra pendente recurso especial interposto pelo Estado do Pará, no bojo do qual poderá ser cassada a decisão que anulou o auto de infração.

Assim, a absolvição sumária do apelado com fundamento em questão não transitada em julgado na esfera cível, mostra-se temerária, pois passível de modificação perante os Tribunais Superiores.

Outrossim, se há discussão acerca da desconstituição definitiva do crédito tributário, não há como afirmar que a hipótese dos autos não constitui crime, de modo a respaldar a absolvição sumária do apelado fundada no art. 397, inc. III, do CPP.

Contudo, diversamente do alegado pelo Ministério Público, a absolvição sumária ocorre após a resposta à acusação, nos termos do art. 397, do CPP, ou seja, antes do início da instrução probatória, constituindo-se em verdadeiro julgamento antecipado da lide.

Por fim, ao contrário do entendimento esposado pelo magistrado de piso, a absolvição sumária constitui decisão de mérito e faz coisa julgada material, circunstância que inviabilizaria a propositura de nova ação penal contra o recorrido, ainda que venha a ser restabelecido o crédito tributário, em instância superior.

Ante o exposto, conheço do apelo e lhe dou provimento, para reformar a sentença absolutória proferida nos autos, determinando seja observada pelo juízo a quo, a regra do art. 93, do CPP.

É como voto.

Belém/PA, 06 de junho de 2017.



Desa. VANIA FORTES BITAR
Relatora