



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1959871 - SP (2021/0292262-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : JOAO THOMAZ LEAL PIMENTA
RECORRENTE : JOSÉ RICARDO LEAL PIMENTA
ADVOGADO : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : SINVAL CÉLICO JÚNIOR
CORRÉU : RAFAEL FRANCISCO COUTINHO
CORRÉU : FLAVIO DA CUNHA SILVA

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. JULGAMENTO. NULIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO SOB O ENFOQUE SUSCITADO NO APELO NOBRE. SÚMULA N. 356 DO STF. PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL). LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUSÊNCIA. SENTENÇA TRABALHISTA QUE NÃO SUBSTITUI A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. FALTA DE JUSTA CAUSA CONFIGURADA. EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS. IDENTIDADE OBJETIVA DE SITUAÇÕES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. A alegação de nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito, sob o enfoque trazido no recurso especial, qual seja, a de ocorrência de violação ao art. 2.º, *caput*, e parágrafo único, inciso XIII, da Lei n. 9.784/1999, que protegeria os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não foi objeto de debate pelo Tribunal de origem e tampouco objeto dos embargos de declaração defensivos. Carece do necessário prequestionamento, nos termos da Súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Para que seja atendido o requisito recursal do prequestionamento, é necessário haver o debate prévio da questão federal, pela Corte *a quo*, sob o enfoque suscitado nas razões do recurso especial, o que não ocorreu no caso concreto.

3. O delito do art. 337-A, inciso III, do Código Penal, é de natureza material, somente se consumando com o lançamento definitivo do crédito tributário.

4. Não obstante a sentença trabalhista seja apta para reconhecer a existência do crédito tributário, ela não substituiu lançamento e a constituição definitiva, os quais somente podem ser feitos após regular procedimento administrativo fiscal. Precedentes da Sexta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

5. Se não houve o lançamento definitivo do crédito tributário, o delito do art. 337-A, inciso III, do Código Penal não se consumou, inexistindo justa causa para a ação penal, nos termos da Súmula Vinculante n. 24, do Supremo Tribunal Federal, sendo devida a rejeição da denúncia.

6. Os efeitos do acolhimento do recurso especial defensivo devem ser estendidos aos demais Corrêus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal,

por estarem em identidade objetiva de situações.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que rejeitara a denúncia, com extensão dos efeitos aos demais Corréus, SINVAL CELICO JUNIOR, RAFAEL FRANCISCO COUTINHO e FLAVIO DA CUNHA SILVA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por JOÃO THOMAZ LEAL PIMENTA e JOSÉ RICARDO LEAL PIMENTA, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região no Recurso em Sentido Estrito n. 5002525-93.2019.4.03.6106.

Consta dos autos que os Recorrentes e os Corréus, SINVAL CELICO JUNIOR, RAFAEL FRANCISCO COUTINHO e FLAVIO DA CUNHA SILVA, foram denunciados pela suposta prática do delito tipificado no art. 337-A do Código Penal. O Juízo de primeiro grau rejeitou a denúncia. O *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito, o qual foi provido para receber a peça acusatória, em relação a todos os denunciados, em acórdão assim ementado (fls. 337-338):

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 337-A, INCISO III, COMBINADO COM O ARTIGO 29, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRESENÇA DA JUSTA CAUSA. SENTENÇA TRABALHISTA TRANSITADA EM JULGADO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA SÚMULA 24 DO STF. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. Para que a persecução penal possa ser instaurada e também para que possa ter continuidade no decorrer de um processo-crime, faz-se necessária a presença de justa causa para a ação penal consistente em elementos que evidenciem a materialidade delitiva, bem como indícios de quem seria o autor do ilícito penal. Trata-se de aspecto que visa evitar a instauração de relação processual que, por si só, já possui o condão de macular a dignidade da pessoa humana e, desta feita, para evitar tal ofensa, imperiosa a presença de um mínimo lastro probatório a possibilitar a legítima atuação estatal.

2. A jurisprudência atual do C. Supremo Tribunal Federal tem analisado a justa causa, dividindo-a em 03 (três) aspectos que necessariamente devem concorrer no caso concreto para que seja válida a existência de processo penal em trâmite contra determinado acusado: (a) tipicidade, (b) punibilidade e (c) viabilidade - nesse diapasão, a justa causa exigiria, para o recebimento da inicial acusatória, para a instauração de relação processual e para o processamento propriamente dito da ação penal, a adequação da conduta a um dado tipo penal, conduta esta que deve ser punível (vale dizer, não deve haver qualquer causa extintiva da punibilidade do agente) e deve haver um mínimo probatório a indicar quem seria o autor do fato típico.

3. Prevalece na fase do recebimento da denúncia o princípio do in dubio pro societate de modo que o magistrado deve sopesar essa exigência de lastro mínimo probatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio a ponto de não inviabilizar o jus accusationis estatal a perquirir prova plena da ocorrência de infração penal (tanto sob o aspecto da materialidade como sob o aspecto da autoria). Não é por outro motivo que se pacificou o entendimento em nossos C. Tribunais Superiores, bem como nesta E. Corte Regional, no sentido de que o ato judicial que recebe a denúncia ou a queixa, por configurar decisão interlocutória (e não sentença), não demanda exaustiva fundamentação (até mesmo para que não haja a antecipação da

fase de julgamento para antes sequer da instrução processual judicial), cabendo salientar que o ditame insculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal, de exigir profunda exposição dos motivos pelos quais o juiz está tomando esta ou aquela decisão, somente teria incidência em sede da prolação de sentença penal (condenatória ou absolutória).

4. Os elementos carreados aos autos cumprem os pressupostos necessários para a deflagração da ação penal, uma vez que retratam indícios de quem teria sido o autor do ilícito penal e demonstram a materialidade delitiva do crime imputado, restando cumpridos os requisitos do artigo 41 do CPP. De rigor o recebimento da denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal.

5. A sentença trabalhista condenatória é título executivo judicial das contribuições previdenciárias dela decorrentes, sendo capaz de dispensar a instauração de procedimento administrativo, tornando-se suficiente para constituir o crédito tributário após sua liquidação, em atendimento ao disposto na Súmula n.º 24 do STF. Precedentes do STJ e desta E. Corte.

6. Recurso em Sentido Estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL provido. Como consequência, recebida a denúncia constante dos autos, empregando, para tanto, o entendimento contido na Súmula 709/STF (Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela)."

Opostos embargos de declaração defensivos, foram rejeitados (fls. 382-393).

No recurso especial é alegada a negativa de vigência aos arts. 41 e 395, inciso III, do Código de Processo Penal e ao art. 337-A, inciso III, do Código Penal, e divergência jurisprudencial, pela ausência de justa causa para a propositura da ação penal. Argumenta-se que o delito tem natureza material e que *"a consumação ocorre com a constituição definitiva do crédito tributário, após prévio exaurimento do procedimento administrativo fiscal como condição de procedibilidade para a deflagração da ação penal"* (fl. 408), nos termos da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal.

No caso concreto, não houve o lançamento definitivo do tributo, mas existe tão-somente a liquidação de uma sentença trabalhista que declara a existência de uma *"relação de emprego discutida pelas partes, cujos limites, objetivos e alcance são completamente diversos."* (fl. 409).

Sustenta-se, também, em caráter subsidiário, caso não seja acolhida a tese principal, a violação ao art. 2.º, *caput*, e parágrafo único, inciso XIII, da Lei n. 9.784/1999, que positivaria o *"princípio da segurança jurídica (proteção à confiança legítima)"* (fl. 418), pela nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito. Isso porque não houve a publicação no Diário eletrônico acerca da data em que seria julgado *"o Recurso em Sentido Estrito e as respectivas contrarrazões defensivas"* (fl. 419), mas teria havido *"apenas a intimação via PJE, pelo painel do advogado"* (fl. 419).

Argumenta-se que, *"apesar da validade da intimação por meio eletrônico via PJE - painel do advogado"* (fl. 420), tal procedimento, no caso concreto, teria frustrado a proteção da confiança legítima. Em primeiro lugar, porque a Resolução n. 234/2016, em seu art. 1.º, inciso II, determinaria a publicação no Diário da Justiça, mesmo que haja a intimação por meio do processo judicial eletrônico. Em segundo lugar, porque todos os demais atos processuais estavam

sendo publicados no Diário da Justiça Eletrônico. Dizem que "[a]penas para a intimação da pauta de julgamento, isto é, da data em que seria julgado o RESE ministerial e as respectivas contrarrazões, não houve a publicação no Diário de Justiça, limitando-se a informar no painel do advogado no sistema PJe" (fl. 422). Conclui a Defesa:

"Houve violação à segurança jurídica, mais especificamente da proteção da confiança legítima.

Existia uma justa expectativa desta defesa de que seria informada da data de julgamento por meio de publicação no Diário de Justiça, tendo em vista toda essa regulamentação e informação acima destacada, bem como que todos os demais atos deste processo eram publicados no DJEN.

O julgamento foi feito sem que esta defesa tomasse conhecimento, inviabilizando que realizasse sustentação oral."

Pede-se o provimento do recurso especial, *"determinando-se a rejeição da denúncia oferecida em face dos recorrentes, nos termos do artigo 395, inciso III, do CPP; ou, subsidiariamente, a anulação do julgamento e retorno dos autos para prolação de novo acórdão, após facultado o direito deste advogado sustentar oralmente."* (fl. 423).

Oferecidas contrarrazões (fls. 496-500), admitiu-se o recurso na origem (fls. 522-526).

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo desprovimento do recurso especial, em parecer com a seguinte ementa (fl. 589):

"RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PLEITO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. SUPOSTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. FASE PROCESSUAL EM QUE VIGE O PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. PRESENÇA DA JUSTA CAUSA. SENTENÇA TRABALHISTA TRANSITADA EM JULGADO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUPOSTA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL."

É o relatório.

VOTO

De início, a alegação de nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito, sob o enfoque trazido no recurso especial, qual seja, a de ocorrência de violação ao art. 2.º, *caput*, e parágrafo único, inciso XIII, da Lei n. 9.784/1999, que protegeria os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não foi objeto de debate pelo Tribunal de origem e tampouco objeto dos embargos de declaração defensivos. Carece do necessário prequestionamento, nos termos da Súmula n. 356 do Supremo Tribunal Federal.

Para que seja atendido o requisito recursal do prequestionamento, é necessário haver o debate prévio da questão federal, pela Corte *a quo*, sob o enfoque suscitado nas razões do recurso especial, o que não ocorreu no caso concreto.

*"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 856 G DE COCAÍNA. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SUPOSTA ILEGALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO LANÇADA PARA FIXAR O REDUTOR EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. INADMISSIBILIDADE. **QUESTÃO QUE NÃO FOI DEBATIDA NA CORTE DE ORIGEM SOB O ENFOQUE SUSCITADO NO RECURSO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. FUNDAMENTO QUE GUARDA HARMONIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE. Agravo regimental improvido.**" (AgRg no AREsp 1.685.213/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 17/05/2021; sem grifos no original.)*

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOIS RECURSOS INTERPOSTOS CONTRA A MESMA DECISÃO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. JULGAMENTO APENAS DO PRIMEIRO. TRÁFICO DE DROGAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE.

[...]

2. Inviável a análise, por este Sodalício, da alegada incompetência do Juízo, da existência de cerceamento de defesa e da diminuição da pena pelo tráfico privilegiado. Isso porque tais questões sob o enfoque apresentado pelo agravante não foram objeto de análise na instância de origem, incidindo o óbice previsto nas Súmulas n. 282 e 356, ambas do Supremo Tribunal Federal.

[...]

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 940.135/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018; sem grifos no original.)

No mais, o Juízo de primeiro grau, ao rejeitar a exordial acusatória, assim fundamentou (fls. 172-173; sem grifos no original):

"Numa análise do acima descrito e da prova colhida na fase policial, verifico a ausência de justa causa para a persecução penal, isso porque para os crimes tributários, hipótese dos autos, é imprescindível o prévio exaurimento da via administrativa com o fim de constituir definitivamente o crédito tributário, pois que a sentença trabalhista, ainda que posteriormente liquidada, não supre a necessidade de constituição do crédito tributário, o que, fatalmente, desatende a Súmula Vinculante 24.

Com efeito, noticiam os autos que os denunciados teriam deixado de recolher contribuição previdenciária ao omitir remunerações pagas ou creditadas a ex-funcionário, conforme restou reconhecido na Reclamatória Trabalhista nº 0011571-66.2015.4.03.6106, na qual se apurou ainda o valor dos tributos no montante de R\$ 93.241,49 (noventa e três mil duzentos e quarenta e um reais e quarenta e nove centavos).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal no nº 81.611/DF adotou entendimento no sentido da Habeas Corpus necessidade de se constituir de forma definitiva, em sede administrativa, o crédito tributário para que se caracterize o delito de sonegação fiscal previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90, que possui, em todas as suas modalidades, natureza material. Sem a constituição definitiva do crédito tributário, segundo pacificado entendimento da Suprema Corte, não se consoma a infração penal e não há sequer, assim, a possibilidade de deflagração de ação penal. E o delito previsto no artigo 337-A do Código Penal, do mesmo modo, possui natureza material.

In casu, depreende-se dos autos que não houve ação fiscal que culminasse com o lançamento do valor da contribuição previdenciária devida, inexistindo, assim, exigibilidade do crédito tributário e não se perfazendo, nesse contexto, o delito previsto no art. 337-A, inciso III, do Código Penal.

Urge destacar que, embora a sentença trabalhista tenha aptidão para reconhecer a existência do crédito tributário, a teor do disposto no art. 114, VIII, da Constituição Federal, a sua constituição definitiva para fins de imputação penal somente ocorre com o devido lançamento, apurado por meio do competente procedimento administrativo-fiscal.

Isso porque a constituição do crédito na Justiça do Trabalho se dá com base em regramentos atinentes ao âmbito processual trabalhista, os quais, embora sejam válidos naquela esfera, mostram-se insuficientes para sustentar a materialidade delitiva na seara criminal. Dizendo de outra forma, a esfera trabalhista não vincula a esfera penal, cujo rigor probatório, ante a possibilidade de afetar a própria liberdade do indivíduo, alcança outro patamar."

A Corte Regional, ao prover o recurso em sentido estrito ministerial, para receber a denúncia, trouxe a seguinte fundamentação (fls. 348-353; sem grifos no original):

"Conforme sedimentado entendimento jurisprudencial proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e por esta E. Corte, configura crime material, de maneira que carecerá de justa causa qualquer ato investigatório levado a efeito antes da ocorrência do lançamento fiscal definitivo, requisito essencial para o início da persecução penal.

Todavia, ao contrário do decidido no r. decisum recorrido, a sentença trabalhista condenatória é título executivo judicial das contribuições previdenciárias dela decorrentes, sendo capaz de dispensar a instauração de procedimento administrativo, tornando-se suficiente para constituir o crédito tributário após sua liquidação.

Sobre o tema, confira-se o teor da Súmula Vinculante nº 53 do Colendo Supremo Tribunal Federal:

A competência da Justiça do Trabalho prevista no artigo 114, inciso VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

[...]

NO CASO EM CONCRETO, compulsando os autos, verifica-se a presença de elementos concernentes à materialidade delitiva, pois a sentença proferida nos autos n.º 001111571-66.2015.5.15.0044 pela 2ª Vara do Trabalho de São José do Rio Preto condenou a empresa BIO PETRO LOGÍSTICA LTDA. a pagar ao reclamante Juliano de Souza verbas trabalhistas e as correspondentes contribuições previdenciárias. Em sede de liquidação apurou-se crédito previdenciário de R\$ 93.241,49 (noventa e três mil, duzentos e quarenta e um reais e quarenta e nove centavos), restando cumpridos, assim, os requisitos da Súmula Vinculante n.º 24 do STF.

Nesse contexto, encontra-se presente a justa causa bem como comprovada a materialidade delitiva, merecendo reforma a decisão proferida pelo r. Juízo a quo."

O delito do art. 337-A, inciso III, do Código Penal, é de natureza material, somente se consumando com o lançamento definitivo do crédito tributário.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 337-A

DO CÓDIGO PENAL - CP INCLUÍDO PELA LEI N. 9.983 DE 2000. REVISÃO CRIMINAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 4º DO CP. MOMENTO DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 1º DO CP. INOCORRÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSUMAÇÃO DO DELITO. 3) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O prequestionamento admitido por esta Corte se caracteriza quando o Tribunal de origem emite juízo de valor sobre determinada questão, englobando aspectos presentes na tese que embasam o pleito apresentado no recurso especial. Assim, uma tese não refutada pelo Tribunal de origem não pode ser conhecida no âmbito do recurso especial por ausência de prequestionamento. 1.1. No caso em tela, o Tribunal de origem não analisou a tese de violação ao artigo 4º do CP, pois nada foi tratado a respeito do tempo do crime sob a ótica do momento da ação.

2. Conforme precedentes, o delito do art. 337-A do CP é material, consuma-se com o resultado que, por seu turno, ocorre com a constituição definitiva do crédito tributário.

2.1. No caso concreto, após a entrada em vigor do art. 337-A no CP incluso pela Lei n. 9.983/00, houve constituição definitiva do crédito tributário que configurou a consumação do referido delito.

Logo, sob a ótica da consumação do delito, não se pode concluir pela violação ao art. 1º do CP.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp n. 1.293.461/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 16/5/2019, DJe de 23/5/2019; sem grifos no original.)

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 337-A, I, DO CP. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FATO POSTERIOR À LEI 12.234/2010. CONTAGEM DO PRAZO. DATA ANTERIOR À DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O delito de sonegação de contribuição previdenciária, por se tratar de crime material, somente se consuma após a constituição definitiva do crédito tributário mediante o esgotamento da via administrativa.

2. Consumado o crime na vigência da Lei 12.234/2010, incabível o reconhecimento da prescrição retroativa tendo por termo inicial data anterior à da denúncia.

3. Não decorrido o lapso prescricional entre os marcos interruptivos, não se opera a prescrição da pretensão punitiva.

4. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgInt no REsp n. 1.569.916/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/6/2018, DJe de 29/6/2018; sem grifos no original.)

Outrossim, nos termos de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, não obstante a sentença trabalhista seja apta para reconhecer a existência do crédito tributário, ela não substituiu lançamento e a constituição definitiva, os quais somente podem ser feitos após regular procedimento administrativo fiscal.

Sobre o tema:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SENTENÇA TRABALHISTA QUE RECONHECE O DÉBITO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO.

NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. TRANCAMENTO PARCIAL DO INQUÉRITO POLICIAL. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O trancamento do inquérito policial por meio do habeas corpus é medida excepcional, somente passível de adoção quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade.

2. Embora a sentença trabalhista tenha aptidão para reconhecer a existência do crédito tributário, a teor do disposto no art. 114, VIII, da CF/1988, a sua constituição definitiva somente ocorre com o devido lançamento, apurado por meio do competente procedimento administrativo-fiscal. A ausência de constituição definitiva do crédito tributário impede, por ausência de justa causa, a propositura da ação penal (STF, RE 1090879/MG, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, SEXTA TURMA, julgado em 8/8/2019, DJe 19/8/2019).

3. Não havendo a constituição definitiva do crédito tributário e, portanto, não comprovada a materialidade em relação ao crime do art. 337-A, I, do Código Penal, é o caso de trancamento parcial do inquérito policial em relação ao referido delito, podendo prosseguir quanto ao crime do art. 297, § 4º, do Código Penal.

4. A eventual dependência entre as condutas do paciente a fim de aplicar o princípio da consunção entre os crimes de sonegação de contribuição previdenciária e de falsificação de documento público demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é vedado na via estreita do habeas corpus 5. Recurso em habeas corpus parcialmente provido para trancamento do inquérito policial em relação ao crime do art. 337-A, I, do Código Penal, podendo prosseguir quanto ao crime do art. 297, § 4º, do Código Penal." (RHC n. 119.527/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 30/6/2020, DJe de 6/8/2020; sem grifos no original.)

No julgamento no mencionado RE n. 1090879/MG, o eminente Relator, Ministro ROBERTO BARROSO, trouxe em seu voto a seguinte fundamentação (grifos diversos do original):

" O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega ofensa ao art. 114, VIII, da Constituição. Sustenta que 'não é somente com o lançamento do crédito tributário pelo Fisco que resta caracterizado o crime de sonegação ou de apropriação indébita de contribuições previdenciárias. É que, a exemplo do que ocorre com o lançamento tributário, também as sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho, relativamente a eventuais débitos de contribuições previdenciárias apurados, são dotadas de liquidez e certeza' .

O recurso é inadmissível, tendo em vista que o acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nessa linha, veja-se o Inq 3.175, Rel. Min. Celso de Mello, do qual se extrai da decisão os seguintes trechos:

[...]

(...) devo observar que a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou em tema de perseguibilidade penal de delitos contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90, art. 1º) e de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) tem advertido, em sucessivos julgamentos, que, sem que se haja constituído, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá caracterizado, no plano da tipicidade penal, o delito previsto no art. 168-A do Código Penal (HC 81.611/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, HC 93.209/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA HC 97.854/RJ, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Inq 3.102/MG, Rel. Min. GILMAR

MENDES, v.g.)

[...]

Ou seja, torna-se juridicamente inviável a instauração de persecução penal, mesmo na fase investigatória, enquanto não se concluir, perante órgão competente da administração tributária, o procedimento fiscal tendente a constituir, de modo definitivo, o crédito tributário.

Enquanto tal não ocorrer, insista-se, estar-se-á diante de comportamento desvestido de tipicidade penal (RTJ 195/114-115), a evidenciar, portanto, a impossibilidade jurídica de se adotar, validamente, contra o (suposto) devedor, qualquer ato de persecução penal, seja na fase pré-processual (inquérito policial), seja na fase processual (*persecutio criminis in judicio*), pois como se sabe comportamentos atípicos (como na espécie) não justificam, por razões óbvias, a utilização, pelo Estado, de medidas de repressão criminal.

Impende registrar, neste ponto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Inq 2.537-Agr/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, firmou a orientação que venho de mencionar, assentando, então, o entendimento segundo o qual, em se tratando do delito de apropriação indébita previdenciária, (...) pendente recurso administrativo em que discutida a exigibilidade do tributo, seria inviável tanto a propositura da ação penal quanto a manutenção do inquérito, sob pena de preservar-se situação que degrada o contribuinte. [...]

*Ademais, tenho por correta a decisão da sentença de primeiro grau no ponto em que entendeu que **‘toda e qualquer denúncia visando violação da ordem tributária tem como pressuposto, necessariamente, a constituição definitiva do crédito tributário, mercê de desenvolvimento de regular processo administrativo, com a observância do disposto nos artigos 142 e seguintes do Código Tributário Nacional, a tanto não bastando a sentença trabalhista que declare relação de emprego discutida pelas partes, cujos limites, objetivos e alcance são completamente diversos.’***

Se não houve o lançamento definitivo do crédito tributário, o delito do art. 337-A, inciso III, do Código Penal não se consumou, inexistindo justa causa para a ação penal, nos termos da Súmula Vinculante n. 24, do Supremo Tribunal Federal, sendo devida a rejeição da denúncia.

Por fim, os efeitos do acolhimento do recurso especial defensivo devem ser estendidos aos Corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, por estarem em identidade objetiva de situações.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DOU-LHE PROVIMENTO para restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que rejeitara a denúncia, com extensão dos efeitos aos demais Corréus, SINVAL CELICO JUNIOR, RAFAEL FRANCISCO COUTINHO e FLAVIO DA CUNHA SILVA, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

É o voto.