

A dependência das instâncias nos crimes tributários (fiscais) ou previdenciários

Warley Belo

Advogado criminalista em Belo Horizonte / MG. Mestre em Ciências Penais / UFMG. Do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Da comissão de Assuntos Penitenciários da OAB/MG. Professor de pós-graduação e graduação.

A jurisprudência nacional não é firme no sentido de se exigir o término do procedimento administrativo para o início da persecução penal. Tal entendimento releva o interesse do Estado (especificamente arrecadar impostos), valendo-se do primo raivoso do direito, o direito penal. Todavia, o acusado não poderia, sequer, ser alvo de investigação criminal. Afinal de contas, há ou não a independência das instâncias?

Os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/1990 são materiais, conclusão que a doutrina chegou após rica discussão. Somente se consumam, pois, com a certeza jurídica do débito, porquanto "tributo", constante no *caput* do referido artigo, é elemento normativo do tipo.

Faz-se necessária a efetiva ocorrência de sonegação fiscal que deve ser apurada em procedimento administrativo fiscal e, eventualmente até mesmo judicial, definitivo. O recurso administrativo, desta forma, obsta a persecução penal, assim como a discussão judicial, eis trata-se de questões prejudiciais heterogêneas (art. 93, CPP) e, lembre-se, no primeiro caso, causa expressa de suspensão da exigibilidade do tributo (CTN, art. 151). É dizer: estando pendente discussão sobre o débito tributário ainda não há crime. Mesmo porque, depois de constituído definitivamente o crédito, o devedor tem todo o direito de extinguir a punibilidade pelo pagamento.

Caso reverso, seria possível o acusado ser condenado penalmente por um fato lícito na órbita tributária - ou mesmo por procedimento extrafiscal (!) - o que, *prima oculi*, contradiz a basilar teoria dos círculos concêntricos consecutório lógico do princípio da subsidiariedade penal.

Forçoso é concluir que o recebimento da denúncia antes de esgotada a via administrativa e judicial constitui constrangimento ilegal: há ausência de condição objetiva de punibilidade.

Bibliografia recomendada

GOMES, Luiz Flávio. O prévio exaurimento da via administrativa nos crimes previdenciários ou tributários (e a questão da suspensão do processo e da prescrição) Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 24.12.2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002.

Revista Consultor Jurídico, 29 de novembro de 2006.

Site: www.stf.jus.br, especificamente HC 88.994, Rel. Min. Marco Aurélio, unânime, 28/11/2006.

SOUSA, Ercias Rodrigues de. Crimes contra a ordem tributária. Breve análise da Lei nº 8.137/90. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em: 28 de maio de 2007.

STOCO, Rui. Crimes contra a ordem tributária *in* Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, 7ª. Ed., SP: RT, 2001.