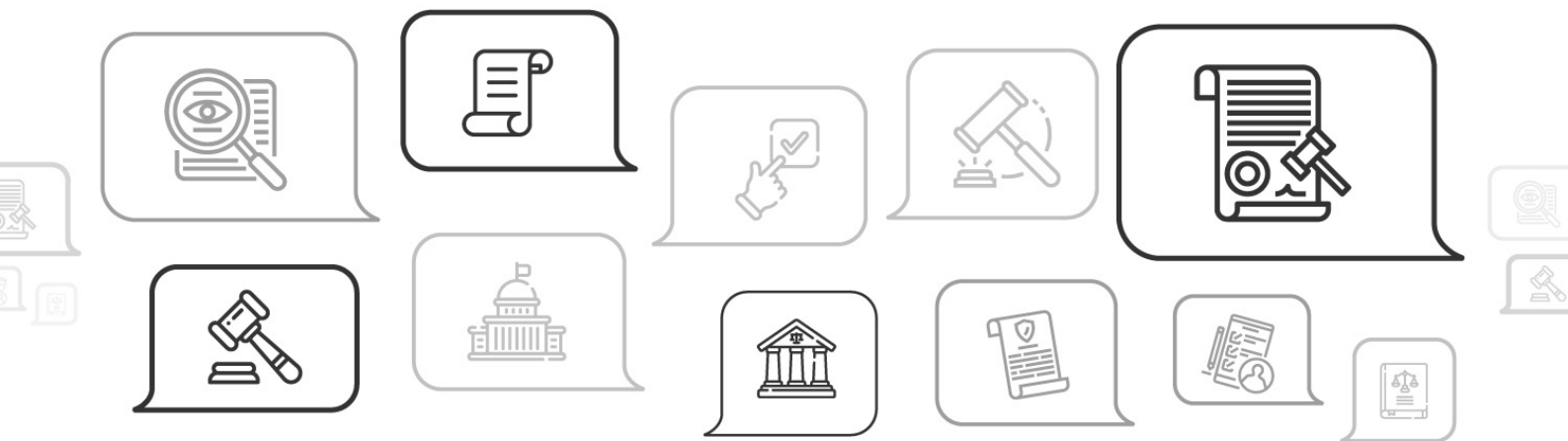




Rodada 43.2023

Ministério Público Estadual



Líder em aprovação nos mais exigentes concursos públicos.
www.emagis.com.br

1. Em ação fiscal realizada pela fiscalização tributária municipal do Município de Concórdia/SC sobre a empresa LOGITEC SERVIÇOS LTDA, encontrou em sua documentação contábil diversos comprovantes de prestação de serviços, entre março e dezembro de 2020 e janeiro a outubro de 2021, ao Condomínio residencial Monte Sinai, situado na mesma urbe.

Os comprovantes de pagamento à empresa contam pagamentos mensais de serviços de limpeza e vigilância, no valor referente ao período que totalizava duzentos e cinquenta mil reais. Nestes documentos há, ainda, o registro de retenção dos encargos sociais e do ISSQN, à alíquota praticada no município de cinco por cento do valor total do serviço, retenção esta que a legislação municipal carrega ao tomador do serviço.

Contudo, cruzando os dados constantes das notas fiscais com o sistema informatizado da secretaria de finanças, verificaram os fiscais Jonas Pereira e Divino Belarmino que não há o registro de recolhimento do tributo aos cofres do município. Diante disto, dirigiram-se os fiscais ao condomínio, no qual foram atendidos por Alberto Matias, síndico condominial do biênio 2020-2022, tendo sido reeleito para mais um mandato.

Alberto admitiu aos fiscais ser o gestor financeiro do condomínio. Aduziu ainda ter efetuado os pagamentos à LOGITEC, com a retenção dos valores relativos ao ISSQN, mas que em razão da elevada inadimplência de condôminos, teve de utilizar estes valores para honrar compromissos financeiros do condomínio.

Ante a constatação, os fiscais lavraram termo de autuação do Condomínio Broadway, apontando o valor do tributo devido em doze mil e quinhentos, cinco mil reais a título de multa, e dois mil reais de juros e correção monetária.

Não havendo impugnação, pagamento, tampouco parcelamento do valor no prazo legal, o chefe da fiscalização lavrou representação fiscal para fins penais, encaminhando-a para a promotoria de justiça.

Recebendo o expediente, promova a medida que entender cabível.

Comentários

A primeira análise a ser feita, de modo a permitir identificar a providência a ser adotada, é a correta subsunção penal da conduta praticada.

Neste pormenor resta evidenciado que o fato perpetrado possui subsunção hipotética ao art. 2º, II, da lei 8.137/90, que assim preconiza:

“Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (...) II - deixar de recolher, no

prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;”

Analisando a figura típica, temos a lição de DELMANTO, ensinando que “o tipo penal é composto por duas condutas, uma anterior (a) e outra posterior (b), sendo ambas necessárias à caracterização do fato típico. Aquela (a) é praticada por meio da conduta comissiva do agente que, na qualidade de sujeito passivo da obrigação, desconta ou cobra o valor de tributo daquele com quem mantém algum tipo de relação tributável. Já a posterior (b) consiste justamente no comportamento omissivo do agente que deixa de recolher, no prazo legal, o valor anteriormente descontado ou cobrado” (Leis Penais Especiais Comentadas, pg.276)

Esmiuçando um pouco mais o núcleo do tipo, já mais adaptado ao caso concreto, colhe-se, em complementação ao anterior, o ensinamento de LUIS RÉGIS PRADO “o termo desconto significa o procedimento contábil mediante o qual o responsável tributário, que possui o dever de arrecadar (formalmente) o valor correspondente ao tributo devido pelo contribuinte, abate uma parcela da quantia paga a este, por ocasião da entrega de uma remuneração que configure fato imponible tributário” (Direito Penal Econômico, pg. 440)

Resta bastante evidente que este é o enquadramento legal do fato narrado no enunciado do problema proposto.

Capitulada a conduta, necessário identificar a resposta penal a ser manuseada.

Olhando o preceito secundário da conduta, verifica-se que este corresponde a pena de seis meses a dois anos de detenção, ou seja, tratar-se-ia de crime de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da lei 9.099/95:

“Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

Firmada esta premissa, a medida a ser adotada seria o oferecimento de transação penal, condicionada ao atendimento dos requisitos do art. 76, §2º, da lei 9.099/95. Atente o aluno que se cabível a transação penal, não seria possível oferecimento de ANPP, em razão do óbice erigido pelo art. 28-A, §2º, I, do CPP.

Todavia, é de se reconhecer que o enunciado narra que a conduta foi perpetrada por diversas vezes, o que pode conduzir o candidato a uma bifurcação.

Precedentes antigos versando sobre crimes contra a ordem tributária reconhecem que por ser a tutela penal o erário considerado como um todo, a prática de mais de um ato dentro de um mesmo exercício fiscal não caracterizaria pluralidade de crimes, mas sim crime único. Neste sentido:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUPRESSÃO DE MAIS DE UM TRIBUTO. CONCURSO FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRIME ÚNICO. 1. No crime de sonegação fiscal o bem jurídico tutelado não é o patrimônio ou erário de cada pessoa jurídica de direito público titular de competência para instituir e arrecadar tributos - fiscais (entes federativos) ou parafiscais (entidades autárquicas) - mas, sim, a ordem jurídica tributária como um todo. 2. A conduta consistente em praticar qualquer uma ou todas as modalidades descritas nos incisos I a V do art. 1 da Lei nº 8.137/90 (crime misto alternativo) conduz à consumação de crime de sonegação fiscal quando houver supressão ou redução de tributo, pouco importando se atingidos um ou mais impostos ou contribuições sociais. 3. Não há concurso formal, mas crime único, na hipótese em que o contribuinte, numa única conduta, declara Imposto de Renda de Pessoa Jurídica com a inserção de dados falsos, ainda que tal conduta tenha obstado o lançamento de mais de um tributo ou contribuição. 4. Recurso improvido.” (REsp 1294687/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 24/10/2013)

Neste caso, considerando haver crime único, permanece hígido todo o raciocínio alinhavado.

Todavia, é de se reconhecer que a jurisprudência mais recente vem entendendo haver crime continuado em se praticando várias condutas tendentes a reduzir o valor devido de um tributo, especialmente se a conduta atinge mais de um exercício fiscal. Perfilhando este entendimento:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIME CARACTERIZADO A CADA LANÇAMENTO MENSAL DO TRIBUTO. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO

REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A análise das questões relativas à insuficiência da prova da autoria e da materialidade delitivas, bem como da alegada interpretação desfavorável do silêncio do réu, na hipótese, implicaria a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, procedimento vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que, na hipótese de ICMS declarado e não pago, cada lançamento mensal caracteriza um delito.

Assim, o acórdão recorrido está correto ao consignar a continuidade delitiva. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp n. 2.224.484/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 16/2/2023.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. DATA DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LAPSO PRESCRICIONAL NÃO ULTRAPASSADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA EMPRESA. TRÂMITE REGULAR DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, COM FORMALIZAÇÃO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA). DISCUSSÃO ACERCA DE EVENTUAL IMUNIDADE TRIBUTÁRIA INCABÍVEL NO ÂMBITO CRIMINAL. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA DIANTE DA REITERADA SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/3. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE RECONHECERAM A OCORRÊNCIA DE 8 INFRAÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese, o paciente foi condenado pelo delito previsto no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, que é de natureza material, de forma que o termo inicial do lapso prescricional é a data da constituição definitiva do crédito tributário, consoante se depreende da Súmula Vinculante n. 24 do STF. Desse modo, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, uma vez que não houve o transcurso de oito anos (art. 109, IV, do Código Penal), entre o lançamento definitivo do crédito tributário (26/11/2018) e a data do recebimento da denúncia (19/12/2019).

2. Da atenta análise do acórdão impugnado, verifica-se que o Tribunal de origem não foi instado a se manifestar sobre a tese de absolvição por ausência de dolo, restando afastada a competência desta Corte Superior para conhecimento da matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão

de instância.

3. Quanto à tese de absolvição em razão da imunidade tributária, o Tribunal a quo apontou que o procedimento administrativo tributário tramitou regularmente, resultando na formalização da Certidão da Dívida Ativa - CDA, e que a questão sobre a existência ou não de imunidade tributária não seria de competência do Juízo criminal, entendimento este que encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

Precedentes.

4. "Consoante a jurisprudência desta Corte, no caso de tributo apurado e não recolhido mensalmente, em meses contínuos, cada lançamento tributário constitui uma infração penal e, atendidos os critérios do art. 71 do CP, como na hipótese, possível o reconhecimento da continuidade delitiva" (AgRg no AREsp n. 1.971.092/DF, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 10/6/2022).

5. Além disso, não há desproporcionalidade no aumento de 2/3 pela prática de 8 crimes contra a ordem tributária, pois esta Corte possui jurisprudência pacífica de que a prática de sete ou mais condutas enseja a fração de 2/3 na dosimetria da continuidade delitiva.

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 755.292/PB, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/6/2023, DJe de 9/6/2023.)

Nesse caso, seria hipótese de reconhecimento do crime continuado, e dada a sua natureza jurídica de causa de aumento de pena, seria suplantada a pena máxima cominada de dois anos, excedendo a competência do juizado especial criminal.

De toda sorte, como esta tomada de decisão por um ou outro posicionamento não é evidente, deveria ser expresso ao examinador que se está perfilhando esta segunda posição.

Lembrem-se sempre que o examinador não está dentro da sua cabeça e talvez o que lhe soe óbvio não o seja para quem irá corrigir a sua prova. Seja o mais claro possível.

Voltando a esta possível segunda linha de ação, nesta hipótese, devidamente justificada, seria caso de oferecimento de denúncia criminal, endereçada à vara criminal, acompanhada de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da lei 9.099/95.

Melhores Respostas

As melhores resposta da rodada, sem que isto implique que não sofreram elas algum reparo, são:

1) **MARIANA DE FARIA** ([PDE](#))

2) **MATHEUS DO NASCIMENTO:**

“MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Notícia de Fato Criminal n.

Noticiante: Município de Concórdia

Noticiado: Condomínio Residencial Monte Sinai/Broadway.

Noticiado: Alberto Matias

DESPACHO MINISTERIAL

A fiscalização tributária municipal de Concórdia endereçou ao Ministério Público representação para fins penais, com base no Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) n.º __, em desfavor do Condomínio Broadway/Monte Sinai, representado legalmente pelo síndico e gestor financeiro ALBERTO MATIAS, devidamente qualificado pelo noticiante.

Consta da representação que o citado condomínio, por intermédio de Alberto Matias, reteve os valores relativos ao ISSQN, conforme prescreve a legislação municipal, mas não o recolheu aos cofres públicos, utilizando a quantia para honrar outros compromissos financeiros. O Município, então, apontou que o valor do tributo indevidamente apropriado chegou a quantia de R\$ 12.500,00. Por conseguinte, aplicou multa de R\$ 5.000,00 e reconheceu como devidos R\$ 2.000,00 a título de juros e correção monetária.

Éo relato do necessário.

A Resolução 174/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) estabelece que o membro do Parquet, ao receber Notícia de Fato, deve apreciá-la, podendo promover o arquivamento, colher informações preliminares, ajuizar ação ou instaurar o procedimento apropriado. No mesmo sentido, a Resolução 181/2017 do CNMP prescreve que ao receber informes relativos à atribuição criminal, o órgão ministerial deve promover o arquivamento, requisitar inquérito policial, instaurar Procedimento Investigatório Criminal (PIC), oferecer denúncia ou encetar diligências preliminares, caso necessárias, antes de adotar providências mais severas. No caso concreto, verifico que algumas informações, de natureza meramente preliminar, devem, a princípio, ser colhidas.

A teoria analítica do delito entende que crime é a conduta típica, antijurídica e culpável. Em análise perfunctória, a tipicidade formal da conduta do representante legal do condomínio (art. 1.348 do CC), verdadeiro sujeito ativo para fins penais, enquadra-se no art. 2º, II, da Lei 8.137/90 (apropriação indébita tributária), isto porque: (a) foram realizadas operações que configuraram o fato gerador do ISSQN (serviços de limpeza e vigilância realizados pela empresa Logítec Serviços LTDA entre março e dezembro de 2020 e janeiro a outubro de 2021); (b) a lei municipal carrega ao tomador do serviço a retenção dos valores devidos, figurando o condomínio como sujeito passivo indireto, responsável tributário pela obrigação (substituição tributária), para posterior repasse (obrigação tributária acessória) do valor retido ao ente tributante; (c) o AIIM e a representação fiscal para fins penais atestaram que ALBERTO teve o dolo específico de se apropriar da quantia para honrar outros compromissos financeiros do condomínio. Portanto, presentes os requisitos formais para o enquadramento da conduta no tipo penal do art. 2º, II, da

Lei 8.137/90. Consequentemente, inaplicável a Súmula Vinculante 24.

Não obstante, para que o juízo de tipicidade seja formado faz-se necessário, para além da tipicidade formal (subsunção do fato ao tipo penal), a tipicidade material. Em outras palavras, o fato deve violar ou por em perigo de modo penalmente relevante o bem jurídico tutelado pela norma criminal.

Para verificar se o bem jurídico tutelado foi ofendido pela conduta, a jurisprudência estabeleceu o princípio da insignificância, desdobramento do princípio da fragmentariedade, o qual, por sua vez, é um desdobramento da intervenção mínima em Direito Penal. Os requisitos firmados pelo Supremo Tribunal Federal para taxar um fato como um insignificante penal são: a mínima ofensividade da conduta, a inexpressividade da lesão jurídica, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a ausência de periculosidade social da ação. Assim, a bagatela própria tem o condão de excluir a tipicidade material, tornando o fato atípico.

Relativamente aos crimes tributários, os Tribunais Superiores entenderam que devem ser tidas como insignificantes as condutas formalmente típicas cujo objeto material do delito seja igual ou inferior ao valor estabelecido para a cobrança no âmbito administrativo-tributário. Em matéria federal, a quantia estabelecida foi a de R\$ 20.000,00, pois o Poder Executivo optou, no âmbito de sua discricionariedade regrada, por não ajuizar execuções fiscais de débitos iguais ou inferiores ao valor citado. Ao se aplicar a insignificância, reafirma-se o postulado do Direito Penal como ultima ratio, afinal, desproporcional exercer a persecução penal quando nem mesmo a execução fiscal seria movida em desfavor do sujeito praticante do ato ilícito.

Entretanto, o valor de R\$ 20.000,00 não pode ser aplicado para todos os entes tributantes sob pena de ofensa ao preceito basilar do federalismo. A realidade da União não se confunde com a do Município de Concórdia, com a do Estado de Santa Catarina, ou com a de pequenas cidades da serra do sertão alagoano, como Canapi. Além disso, a competência para legislar sobre direito tributário é de natureza concorrente (art. 24, I, da CF) e norma federal que estabeleceu a quantia de R\$ 20.000,00 não é uma norma geral aplicável a todos, mas uma norma suplementar afeta somente à própria União. Os Tribunais Superiores, então, rechaçam a aplicação da quantia de R\$ 20.000,00 quando o tributo não é da alçada federal, sendo imprescindível verificar se existe norma similar aplicável ao ente federado.

Poderia se argumentar, então, que a representação para fins penais deveria ser arquivada de plano, uma vez que não veio acompanhada da informação sobre qual o valor máximo devido que autoriza o Município a deixar de promover a respectiva ação de execução fiscal - se é que existe norma dessa qualidade em Concórdia. Contudo, o Ministério Público não é um órgão inerte, limitado a agir somente nos termos pelos quais foi provocado, mas sim é o titular absoluto da ação penal pública (art. 129, I, da CF), possuindo o direito de investigar autonomamente infrações penais (Tema 184 - STF), e detendo o munus publicum de adotar as providências necessárias para instruir devidamente os procedimentos que cheguem ao seu conhecimento, quando da esfera de atribuição ministerial.

Por outro lado, poderia se apontar que, sendo inaplicável os precedentes que firmaram o valor de R\$ 20.000,00 como insignificantes, o oferecimento da denúncia de imediato seria a melhor escolha. Entretanto, sem a informação sobre a existência ou não de norma similar à federal no âmbito de Concórdia, a ação penal não detém, ainda, justa causa (tipicidade, viabilidade e punibilidade) suficiente para a formação da opinio delicti, uma vez o Ministério Público não pode iniciar lides temerárias. Aliás, incabível a instauração de PIC, porquanto necessárias apenas diligências preliminares de ordem formal sem aprofundamento apto a justificar investigações

elaboradas.

Isto posto, DETERMINO:

- 1) o registro e autuação da presente Notícia de Fato Criminal, nos termos da Resolução 181/2017 e da Resolução 174/2017, ambas do CNMP, instruída com os documentos apresentados pelo noticiante;
- 2) a designação do servidor _ para secretariar este feito;
- 3) a expedição de ofício à Secretaria Municipal da Fazenda e à Procuradoria Municipal de Concórdia para que informem, no prazo de 10 (dez) dias, se há algum ato normativo ou orientação administrativa a estabelecer valor devido mínimo em tributos para o manejo de ações de execução fiscal, nos moldes do que existe em âmbito federal, por exemplo, em que somente a dívida superior a R\$ 20.000,00 pode ser objeto de execução fiscal. Em caso positivo, devem encaminhar a respectiva norma a este órgão ministerial.

Cumprido o ora determinado e com a resposta ao ofício juntada, retorne-se o feito à análise do Promotor oficiante.

(Local, data)

(Assinatura)

Promotor de Justiça Substituto”
