

NOTAS SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – E DA PENA – NOS DELITOS SUPRAINDIVIDUAIS

CLÁUDIO RIBEIRO LOPES

Mestrando em Direito Penal supra-individual pela
Universidade Estadual de Maringá.

RESUMO: Este trabalho objetiva investigar alguns aspectos da extinção da punibilidade nos delitos supra-individuais, com especial ênfase para as hipóteses de comportamentos pós-delitivos positivos, seus fundamentos e respectivas conseqüências jurídicas.

RESUMEN: Este trabajo busca investigar algunos de los aspectos de la extinción de la punibilidad en los delitos supraindividuales, con especial destaque para las hipótesis de comportamientos postdelictivos, sus fundamentos y respectivas consecuencias jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Punibilidade – Extinção
– Delitos supra-individuais.

PALABRAS CLAVE: Punibilidad – Extinción
– Delitos supraindividuales.

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2. Hipóteses de extinção da punibilidade nos delitos supraindividuais: leis especiais e Código Penal brasileiro - 3 Fundamento jurídico-penal das causas extintivas de punibilidade - 4 Extinção da punibilidade em decorrência da transação penal e da suspensão condicional do processo - 5. Posicionamento jurisprudencial recente: as controvérsias em torno da extinção ou suspensão da punibilidade e do prazo prescricional nos delitos fiscais - 6. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Da análise da punibilidade é possível destacar várias hipóteses em que esta vem a ser supressa ou excluída, em virtude, geralmente, de comportamentos pós-delitivos levados a cabo por agentes de delitos. Nos tipos de injusto supraindividuais, parece, tais hipóteses assomam com maior incidência, o que poderia gerar certa dificuldade quanto à tutela de tais bens jurídicos. Assim, o objetivo deste modesto ensaio é meramente tecer algumas considerações sobre as hipóteses de extinção da punibilidade - e da pena - que incidem sobre a temática transindividual, elencando, tanto quanto possível, seus fundamentos dogmáticos sem desviar para uma postura que assimile um conceito amplo de delito e, portanto, consoante a postura da Escola professada, firmando um posicionamento sólido pelo conceito estrito de delito, inserindo a punibilidade como categoria hábil a absorver os conteúdos próprios das políticas criminais, como as hipóteses a seguir estudadas.

2 HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS DELITOS SUPRAINDIVIDUAIS: LEIS ESPECIAIS E CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Destaca-se que nem todos os delitos supraindividuais são abarcados por causas extintivas de punibilidade específicas. Assim, os tipos de injusto constantes das Leis nº. 4.771/65 (Código Florestal), 6.453/77 (tutela penal das atividades nucleares), 8.176/91 (delitos contra a ordem econômica: determinadas matrizes energéticas), 7.492/86 (delitos contra o Sistema Financeiro Nacional), 7.802/89 (tutela penal de resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos), 8.078/90 (delitos contra as relações de consumo), 9.605/98 (delitos contra o ambiente), 11.105/

2005 (Lei de Biossegurança) e o Decreto-lei nº. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), assim como a tutela penal das finanças públicas e da incolumidade pública pelo Código Penal, apenas podem sofrer a incidência das causas extintivas de punibilidade previstas na parte geral do Código Penal brasileiro.

É preciso, entretanto, pontuar que alguns delitos descritos nas leis acima citadas podem ser abarcados pelas hipóteses de transação penal e/ou suspensão condicional do processo, a saber:

a) Tipos de injusto supraindividual que admitem a transação penal e a suspensão condicional do processo:

Lei nº. 4.771/65, art. 26, “e”, “l” e “m” (contravenções penais)¹;

Lei nº. 8.078/90, arts. 63 a 65, “caput”, 66 a 74².

Lei nº. 9.605/98, arts. 29, “caput” e §§ 1º e 4º, 31, 32, 33, 38, § único, 41, § único, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, § 1º, 55, 56, § 3º, 60, 62, § único, 64, 65, 67, § único e 68, § único³;

Lei nº. 11.105/2005, art. 29 (infração penal de menor potencial ofensivo)⁴;

Decreto-lei nº. 3.688/41, art. 31 (contravenção penal de omissão de cautela na guarda ou condução de animais) e art. 42 (perturbação do trabalho ou do sossego alheios)⁵;

Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP), art. 250, § 2º⁶;

Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP), art. 270, § 2º⁷;

Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP), art. 252, § único⁸;

Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP), arts. 359-A, 359-B, 359-E e 359-F⁹.

b) Tipos de injusto supraindividual que admitem a suspensão condicional do processo:

Lei nº. 8.176/91, arts. 1º e 2º¹⁰;

¹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança* (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 361, 365, 367 e 369.

² PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 110, 115, 119, 128, 142-143, 149, 153, 158, 164-165, 171, 175 e 180, respectivamente.

³ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente...* op.cit., p. 240, 247, 251, 260, 308, 327, 334, 337, 342, 346, 349-350, 353, 356, 360, 425, 430, 434, 456, 498, 516, 506, 537 e 540, respectivamente.

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico ...op. cit.*, p. 600.

⁵ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente...* op.cit., p. 255 e 452, respectivamente.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente...* op.cit., p. 375.

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente...* op.cit., p. 445. Segundo o autor, a norma do art. 270, §2º, teia sido derogada pelos arts. 54, § 1º e 56, § 3º, da Lei nº. 9.605/98.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente...* op.cit., p. 449.

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico ...op. cit.*, p. 367, 372, 383 e 386, respectivamente.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico ...op. cit.*, p.83 e 89.

Lei nº. 7.492/86, arts. 8º ao 12, 16, 18, 21 e 23¹¹;
Lei nº. 9.605/98, arts. 30, 34, 35, 38, 39, 40, 42, 54, “caput” e seu § 2º, 56, “caput” e seu § 1º, 61, 62, I e II, 63, 66, 67, “caput”, 68, “caput” e 69¹²;
Lei nº. 11.105/2005, arts. 24, 25 e 27, “caput”¹³;
Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP), art. 252, “caput”¹⁴;
Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP), art. 334, “caput” e § 1º¹⁵;
Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP), arts. 359-C, 359-D, 359-G e 359-H¹⁶.

É necessário pôr em relevo que até a vigência da Lei nº. 11.313, de 28/06/2006, as infrações penais com pena de multa cominada alternativamente à pena privativa de liberdade também eram consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo, ficando sujeitas às normas que regem os Juizados Especiais Criminais, por força da correta interpretação que se deu ao parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº. 10.259/2001¹⁷ no sentido de se alterar o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo.

Tal disposição dava azo a incongruências, como alguns dos tipos de injusto contra a ordem econômica que, apesar de sua cominação a sanções penais privativas de liberdade muito superior ao limite máximo de dois anos, eram consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo, por expressa disposição legal¹⁸.

Assim, com a nova redação legal do art. 61, da Lei nº. 9.099/95¹⁹ e do parágrafo único do art. 2º, da Lei nº. 10.259/2001²⁰, vigentes a partir de 29/06/2006, as hipóteses previstas nos arts. 4º a 7º, da Lei nº. 8.137/90, deixaram de constituir infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo alterada, inclusive, a competência para julgamento de tais delitos.

De outra sorte, é necessário estabelecer alguns pontos de discussão sobre a aplicabilidade da transação penal e da suspensão condicional do processo.

¹¹PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico ...op. cit.*, p. 262, 267, 270, 274, 281, 295, 312, 328 e 344, respectivamente.

¹²PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente... op.cit.*, p. 244, 263, 266, 308, 312, 319, 331, 425, 430, 438, 498, 503, 534, 537, 540 e 542, respectivamente.

¹³PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente... op.cit.*, p. 579, 583 e 595, respectivamente.

¹⁴PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente... op.cit.*, p. 449.

¹⁵Neste sentido, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro. Parte Especial. 4. ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 4, p. 514.

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico ...op. cit.*, p. 376, 379, 390 e 394.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente... op.cit.*, p. 240.

¹⁸ Vide arts. 4º ao 7º, da Lei nº. 8.137/90.

¹⁹ Art. 61. 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. (NR).

²⁰ Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri.

Veja-se que a Lei nº. 9.605/98, em seu art. 27 estabelece como requisito para a formulação da proposta de transação penal a prévia composição do dano ambiental. A medida, ainda que louvável por pretender a reparação do dano ambiental, da forma como redigida na lei é de uma precariedade científica incrível.

O legislador, mais uma vez, distanciou-se do regular: ao fazer menção ao art. 74, da Lei dos Juizados, está a indicar a composição dos danos civis. Ora, com efeito, tal medida, instituída pela Lei nº. 9.099/95, leva em conta a participação da vítima na resolução do conflito penal²¹. É óbvio que, em se tratando de bem jurídico difuso, como o ambiente, a reparação do dano deve fundamentar-se em outra disposição, não na idéia de uma vítima imponderável, não destacável, até porque, a composição dos danos civis é medida diversa da transação penal e com esta não se confunde²².

Outro inconveniente que pode ser posto em relevo é que a homologação judicial da composição dos danos civis leva à renúncia do direito de queixa ou de representação. Ora, em matéria ambiental, tal soa absurdo, visto a ação penal ser pública incondicionada nos delitos da Lei nº. 9.605/98²³.

Entretanto, não é impossível a proposta de composição dos danos civis em crimes cuja ação penal seja pública e incondicionada²⁴; o problema está na temática ambiental, onde não se vislumbra, no mais das vezes, uma vítima determinada, por se tratar de delitos supraindividuais.

Em relação à extinção da punibilidade após o cumprimento da suspensão condicional do processo, a Lei Ambiental determina que esta somente ocorra se houver a comprovada reparação do dano ambiental, se possível de ser reparado²⁵. Nesta sede não há inconveniente, pois, a previsão da reparação do dano, aqui, não leva em conta exclusivamente a participação da vítima no conflito penal. Evidencia-se um comportamento pós-delitivo do agente, posterior à consumação do fato, cuja consequência jurídico-penal será interferir na punibilidade do mesmo, mas não nas categorias delitivas, que permanecem íntegras, nos termos do pensamento de Luiz Regis Prado²⁶ e Érika Mendes de Carvalho²⁷.

decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (NR).

²¹ Neste sentido, SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52.

²² Nesta perspectiva, SYLLA, Antonio Roberto. *Transação penal: natureza jurídica e pressupostos*. São Paulo: Método, 2003. p. 114.

²³ Vide art. 26, da Lei nº. 9.605/98.

²⁴ Nesta linha, LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 478-479.

²⁵ Vide art. 28, I, da Lei nº. 9.605/98.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 776, jun. 2000, p. 441.

²⁷ CARVALHO, Érika Mendes. Punibilidade e fins da pena. *Ciências Penais – Revista da Associação*

c) Tipos de injusto supraindividual com previsão de causas extintivas de punibilidade específicas:

Já, com relação à Lei nº. 8.137/90, arts. 1º e 2º, bem como, aos arts. 168-A, 334 e 337-A, do Código Penal brasileiro, que se referem basicamente à tutela penal-fiscal, será necessário uma digressão mais pormenorizada devido à sucessão de leis no tempo, que interferiu substancialmente no tratamento jurídico da punibilidade.

Basicamente, o ponto de partida acerca da extinção da punibilidade pode ser identificado já no Decreto nº. 48.959/1960, pretérito Regulamento Geral da Previdência Social, que previa a extinção da punibilidade mediante o pagamento do débito até trinta dias após a autuação fiscal.

Em seqüência, a Lei nº. 4.357/1964, que criminalizou o não repasse de imposto de renda retido, também previa a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

A seguir, a Lei nº. 4.729/1965²⁸ previu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo sonogado, desde que tal fosse efetivado até antes de ser deflagrado o procedimento fiscal pertinente. Nesta sede, o entendimento de Élcio Pinheiro de Castro sobre a possibilidade da extinção da punibilidade, desde que não se tratasse de contribuições previdenciárias recolhidas dos empregados²⁹. Este dispositivo foi revogado pela Lei nº. 8.383/1991.

Contudo, a Lei nº. 5.498/1968, instituiu o parcelamento do débito com a extinção da punibilidade mediante o pagamento pontual da 1ª parcela (apenas), não dispondo sobre a suspensão do processo e do prazo prescricional. Este dispositivo foi revogado pela Lei nº. 6.910/1981.

A Lei nº. 8.137/1990, definindo crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, previu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, desde que efetivado até o recebimento da denúncia. Todavia, também o dispositivo em questão³⁰ foi revogado pela Lei nº. 8.383/1991.

Em 1995, com a vigência da Lei nº. 9.249, voltou a lume a disposição para a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo ou contribuição social, de forma integral, incluindo-se os acessórios (multa de mora, juros), desde que tal se efetivasse até antes do recebimento da denúncia³¹.

Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, ano 2, n. 3, jul/dez. 2005, p. 128.

²⁸ O art. 2º dispunha: "extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria".

²⁹ CASTRO, Élcio Pinheiro. Anotações sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito nos crimes previdenciários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 797, mar. 2002, p. 438.

³⁰ O art. 14 previa tal hipótese de extinção da punibilidade.

³¹ A previsão, ainda vigente, consta do art. 34, da referida Lei.

É oportuno destacar que a Lei nº. 8.212/1991, em seu art. 38, § 1º, veda o parcelamento das contribuições sociais descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos, as decorrentes de sub-rogação³² e as importâncias retidas a título de contrato de cessão de mão-de-obra³³.

Contudo, com a promulgação da Lei nº. 9.964/2000³⁴, voltou-se a utilizar o parcelamento do débito, mas, diversamente do que ocorria com a previsão da Lei nº. 5.498/1968, o novo modelo destinava-se à suspensão da pretensão punitiva e do próprio prazo prescricional durante o período em que a pessoa jurídica devedora da União estivesse incluída no parcelamento, desde que tal adesão se processasse até antes do recebimento da denúncia; a extinção da punibilidade apenas poderia ocorrer com o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais (inclusive acessórios), mas, a condição era de que a adesão ao PAES fosse efetivada até “antes do recebimento da denúncia criminal”³⁵.

Nesta seqüência cronológica, a Lei nº. 9.983/2000, revogando expressamente os tipos de injusto previstos no art. 95, da Lei nº. 8.212/1991, além de lhe conferir nova redação, previu duas hipóteses distintas para a extinção da punibilidade no que pertine às figuras dos arts. 168-A e 337-A, do Código Penal.

Em se tratando de apropriação indébita previdenciária, para a ocorrência da extinção da punibilidade, exige-se que o agente, de forma espontânea, declare, confesse e efetue o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e ainda preste as informações devidas à previdência social, tudo isto antes do início da ação fiscal competente.

Já, em se tratando de sonegação de contribuição previdenciária, apenas exige a lei que o agente, de forma espontânea, declare e confesse as contribuições, importâncias ou valores devidos e preste as informações exigidas pela previdência social, também antes de ser iniciada a ação fiscal, porém, sem exigir o pagamento.

A Lei nº. 10.684, de 30 de maio de 2003, trouxe novidade para o sistema até então vigente: ao instituir o PAES (ou, REFIS II), possibilitando, nos moldes da lei anterior a suspensão da pretensão punitiva e da prescrição penal durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente estivesse incluída no regime de parcelamento, não mencionou prazo máximo limite para que

³² Vide art. 30, IV, da Lei nº. 8.212/91.

³³ Art. 31, da Lei nº. 8.212/91.

³⁴ Esta lei ficou conhecida como REFIS I, um programa de recuperação fiscal destinado a promover a regularização de créditos da União. A previsão se encontrava nos arts. 14 e 15 da lei.

³⁵ Vide disposição expressa no § 3º, do art. 15, da Lei nº. 9.964/2000.

ocorresse o pagamento do tributo ou da contribuição social devidos. De conseguinte, a qualquer tempo pode-se efetivar o pagamento, com a consequência jurídico-penal da extinção da punibilidade³⁶.

Por fim, foi editada a Medida Provisória nº. 303/2006, instituindo o REFIS III, que não trata, por óbvio, de matéria penal, não havendo qualquer alteração quanto à extinção da punibilidade em relação à Lei nº. 10.684/2003 ou às hipóteses dos arts. 168-A, § 2º e 337-A, § 1º.

Resta, ainda, investigar a possibilidade de aplicação das causas extintivas de punibilidade, quer a prevista no art. 34, da Lei nº. 9.249/95, quer a constante do § 2º, do art. 9º, da Lei nº. 10.684/2003 ao delito de descaminho.

Com efeito, Luiz Regis Prado entende que “é possível a admissibilidade deste favor legal em todos os delitos fiscais, inclusive o descaminho”^{37 38}. Também esta é a posição de Paulo José da Costa Junior, que critica com veemência o teor da Lei nº. 6.910/81, impeditiva da extinção da punibilidade ao delito de descaminho³⁹. No mesmo sentido, Heloisa Estellita em comentário à Lei nº. 10.684/2003⁴⁰.

O problema fulcral parece residir na aplicabilidade do instituto ao delito de descaminho, particularmente a condutas com potencial lesivo reduzido, isto é, aos descaminhos de bagatela.

Para Celso Delmanto [et all], deve haver uma interpretação extensiva a favor do acusado “tanto no caso de apreensão e conseqüente perdimento dos bens quanto na hipótese de pagamento dos tributos devidos...”⁴¹.

Todavia, para Damásio de Jesus, a partir da vigência da Lei nº. 6.910/81, que cancelou a Súmula 560, do STF, não se pode aplicar a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo ao descaminho, restando, apenas, a figura do arrendimento posterior, causa geral de redução de pena⁴².

³⁶ O § 2º, do art. 9º, desta lei inovou ao não prever limite de prazo máximo para a efetivação do pagamento integral dos débitos originários de tributos e contribuições sociais cuja consequência é a extinção da punibilidade do agente.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 892.

³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Especial. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 4, p.515.

³⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José. *Comentários ao código penal*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 1056.

⁴⁰ ESTELLITA, Heloisa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei nº. 10.684/03. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 130, set. 2003, p. 3.

⁴¹ DELMANTO, Celso et alli. *Código penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 678.

⁴² JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Parte Especial. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 245.

Julio Fabbrini Mirabete entende que não se pode admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no descaminho⁴³ tendo em vista que não se tutela meramente a atividade arrecadadora estatal, mas, também, a proteção da indústria nacional⁴⁴. Este autor, na 15ª edição de seu manual⁴⁵, afirmava que “não existe mais, assim, como causa de extinção da punibilidade, o pagamento do tributo devido, perdendo sua vigência a Súmula 560 após ter entrado em vigor a Lei nº. 6.910”⁴⁶. Na última edição (21ª), atualizada por Renato Fabbrini, não fica clara a postura do atualizador quanto à possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no delito de descaminho, limitando-se a apenas relatar as leis que tratam da matéria⁴⁷.

Ney Moura Teles não faz qualquer menção à extinção da punibilidade no delito de descaminho em sua obra⁴⁸. De semelhante, Guilherme de Souza Nucci⁴⁹ e Cezar Roberto Bitencourt⁵⁰.

Estranhamente, a posição de Paulo Sérgio de Oliveira e Costa e Willian Sampaio de Oliveira, apesar de admitirem a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no delito de descaminho, apresentam como fundamento legal a Súmula 560, do STF, que se fundava no art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº. 157/1967⁵¹. Ora, como se sabe, tal Súmula foi cancelada pela Lei nº. 6.910, de 1981, portanto, a fundamentação desses autores está absolutamente equivocada.

Para finalizar este tópico, é preciso pontuar que a Lei nº. 9.983/2000 estabeleceu três outras hipóteses de extinção da punibilidade com fundamento no perdão judicial⁵²; duas delas destinam-se ao delito de apropriação indébita previdenciária e a terceira ao delito de sonegação de contribuição previdenciária.

O art. 168-A, § 3º, I e II, do CP, prevê o perdão judicial, causa extintiva de punibilidade, para as hipóteses em que o agente seja primário e ostente bons antecedentes e:

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2496.

⁴⁴ Neste sentido, a decisão do TRF da 3ª Região – RT 755/760.

⁴⁵ Trata-se de uma das últimas edições atualizadas pelo próprio autor.

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001. v. 3, p. 389.

⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. v. 3, p. 374-375.

⁴⁸ TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3, p. 460-463.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 945-947.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4, p. 483-487.

⁵¹ COSTA, Paulo Sérgio Oliveira e; OLIVEIRA, Willian Sampaio de. *Direito Penal: crimes contra a administração pública: arts. 312 a 359-H, série leituras jurídicas: provas e concursos*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 18, p.96.

⁵² Art. 107, IX, do CP.

- tenha promovido o pagamento da contribuição social previdenciária, com os respectivos acessórios, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia;

ou

- o valor devido seja inferior ao estabelecido pela previdência social como o mínimo para ajuizamento de execução fiscal⁵³.

De seu turno, o art. 337-A, § 2º, estabelece apenas o perdão judicial com base no valor limite de ajuizamento fiscal, por força do veto ao inciso I, que previa o perdão judicial pelo pagamento do tributo, nos mesmos moldes da apropriação indébita previdenciária. A toda evidência, se a extinção da punibilidade nos delitos de sonegação de contribuição previdenciária não exige o pagamento do tributo, seria incabível que esta figurasse como hipótese de perdão judicial, daí que o veto se revelou coerente.

Um problema grave está no fato de que o legislador estabeleceu, juntamente com a disposição do perdão judicial, a possibilidade de aplicação alternativa da pena de multa, sem definir critérios identificadores das possibilidades de imposição.

Para Damásio de Jesus, que utiliza de forma simplória a ordem sequencial das disposições dos incisos do § 3º, do art. 168-A, a extinção da punibilidade ficaria reservada apenas para o pagamento da contribuição social previdenciária efetivado após o início da ação fiscal e antes do oferecimento da denúncia, restando a pena de multa para a hipótese do valor insignificante⁵⁴.

Do posicionamento acima diverge Fernando Capez, afirmando que a imposição alternativa do perdão judicial ou da pena de multa é cabível a qualquer das hipóteses previstas no § 3º, do art. 168-A⁵⁵, porém, não apresenta critério algum para distinguir tal aplicação.

Semelhantemente, Julio Fabbrini Mirabete⁵⁶ e Ney Moura Teles⁵⁷, os quais não indicam qualquer critério a ser adotado para a aplicação do perdão judicial ou da pena de multa.

De outra sorte, Cezar Roberto Bitencourt remete aos “operadores do art. 59”⁵⁸, logo, aos juízes e tribunais tal ônus, também se esquivando de propor uma solução ao caso.

⁵³ Atualmente, por força do Memorando Circular/INSS/PG/ n. 36, de 22/10/1998, o limite é de até R\$5.000,00.

⁵⁴ *Idem. Direito Penal. Parte Especial. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 429.*

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 459-460.*

⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Especial. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 295.*

⁵⁷ TELES, Ney Moura. *Direito Penal. Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2, p. 439.*

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial. São Paulo:*

Pioneiramente na doutrina, Luiz Regis Prado enfrenta a tormentosa questão aduzindo por critérios, em relação ao inciso I, do § 3º, do art. 168-A, a aplicação do perdão judicial, uma vez extirpado o dano causado com a infração e, em relação ao inciso II, o montante do dano causado pelo delito; assim, quanto mais se afastar do limite previsto no Memorando Circular INSS n. 36/1998, maior direito terá o acusado ao perdão judicial⁵⁹.

Já no tocante à disposição do perdão judicial ou da multa à hipótese do art. 337-A, § 2º, do CP, estranhamente, Damásio de Jesus contraria-se, afirmando que “a opção por uma ou outra medida depende da análise das circunstâncias do fato concreto”⁶⁰. Ora, disse absolutamente nada este autor; não oferece critério algum para solucionar a questão, com a agravante de não haver se posicionado de forma coerente com o afirmado no volume 2 de sua obra.

Fernando Capez limita-se a centrar seu discurso na temática atinente ao possível afastamento do princípio da insignificância como excludente da tipicidade penal por força do inciso II, do § 2º, do art. 337-A, do CP, não enfrentando a questão de quais critérios seriam utilizados para a aplicação do perdão judicial ou da pena de multa⁶¹.

Ney Moura Teles⁶² e Julio Fabbrini Mirabete⁶³, de forma semelhante, limitam-se a apenas descrever a hipótese, não fazendo qualquer menção a algum critério a ser utilizado para estabelecer o perdão judicial ou a aplicação da pena de multa. Lamentavelmente, Cezar Roberto Bitencourt, assim como no comentário ao art. 168-A, também deixa aos operadores do art. 59 a opção por uma ou outra alternativa⁶⁴.

Novamente, a lucidez científica nesta temática apenas é encontrada em Luiz Regis Prado, que estabelece o mesmo critério proposto no exame ao art. 168-A, de forma coerente: a imposição da pena de multa apenas quando “o dano causado aproximar-se do teto fixado pelo legislador”⁶⁵.

Saraiva, 2003. v. 3, p. 259.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Especial. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 525.

⁶⁰ TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Parte Especial. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 264.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial: dos crimes contra os costumes e dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.v.2, p. 554-555.

⁶² TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Parte Especial: arts. 213 a 359-H. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3, p. 475.

⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial: arts. 235 a 361 do CP. 21. ed. rev. e atual., 2006. v. 3, p. 384.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4, p. 501.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Especial. 4. ed. rev., atual.

É possível que se objete no sentido de que a presente discussão seja circunlóquia. Todavia, assiste inteira razão a Luiz Regis Prado, tendo-se em conta os diversos reflexos originados a partir da aplicação do perdão judicial que, nos termos do art. 120, do CP, não gera efeitos de reincidência e, nos termos da Súmula 18, do STJ, não subsiste qualquer efeito condenatório⁶⁶. Para Jair Leonardo Lopes, a sentença concessiva do perdão judicial não é uma sentença condenatória, posto que “seu dispositivo não conclui pela condenação, mas, precisamente, pela declaração do Juiz que deixa de aplicar a pena, julgando extinta a punibilidade”⁶⁷.

No entanto, de aplicar-se a pena de multa, todos os efeitos oriundos de uma decisão penal condenatória fazem-se presentes, como, v.g., a inclusão do nome do réu no rol dos culpados⁶⁸, o óbice à concessão da suspensão condicional do processo⁶⁹, a revogação facultativa do livramento condicional⁷⁰, o aumento ou a interrupção da prescrição da pretensão punitiva executória se ocorrer a reincidência⁷¹, a própria possibilidade de reconhecimento da reincidência pela prática de novo crime, a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, a perda dos instrumentos e do produto do crime⁷², etc..

De conseguinte, revela-se óbvio que a questão em destaque merece um tratamento mais acurado pela doutrina, face à insegurança jurídica que desperta a ausência de critérios para a eleição de um ou outro instituto, bem como, diante das conseqüências extremamente gravosas para o acusado se a opção recair na aplicação da pena de multa em detrimento do perdão judicial.

3 FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DAS CAUSAS EXTINTIVAS DE PUNIBILIDADE

Para Luiz Regis Prado⁷³, dois enfoques podem explicar a fundamentação da extinção da punibilidade nos delitos fiscais: de um lado o político-fiscal e de outro o jurídico-penal. Pelo primeiro, evidencia-se despertar no contribuinte em situação irregular o impulso à autodenúncia, como meio de retorno à

e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.v. 4, p. 548.

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 726.

⁶⁷ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 276.

⁶⁸ Art. 393, II, CPP.

⁶⁹ Lei n.º. 9.099/95, art. 89, “caput”.

⁷⁰ Art. 87, CP. Neste sentido, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral...op. cit., p. 666-667 e 672.

⁷¹ Arts. 110, “caput” e 17, VI, do CP.

⁷² Neste sentido, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral...op. cit., p. 673.

⁷³ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico* ...op. cit., p. 427.

honestidade fiscal; pelo segundo, a idéia de que tal comportamento estaria fundado na teoria da desistência voluntária e da reparação do dano.

A posição de Regis Prado é compartilhada em parte por Rodrigo Sánchez Rios, que afirma “a vinculação da autodenúncia com a legítima pretensão estatal de receber os impostos devidos para o cumprimento dos fins públicos”⁷⁴, evidenciando o fundamento político-fiscal. Contudo, este último autor refuta o fundamento da extinção da punibilidade nos moldes da Lei n.º. 9.249/95 como sendo a autodenúncia liberadora ou a teoria da desistência voluntária e da reparação do dano^{75 76}.

Neste sentido, é necessário registrar que ambos os fundamentos – político-fiscal e jurídico-penal – comparecem como escopo das causas extintivas de punibilidade previstas para os delitos fiscais, porque não se pode negar que o Estado social necessita da arrecadação para a promoção do bem comum; assim, a tutela penal fiscal revela-se como um meio para a consecução de fins transcendentais, não sendo razoável rotular tal postura como um “uso político do direito criminal ... no qual a norma penal de *ultima ratio* do ordenamento jurídico passa a ser a *prima ratio* da solução de questões sociais”⁷⁷. Por outro lado, o comportamento pós-delitivo positivo do agente deve ser premiado como forma de um retorno à condição ideal de honestidade fiscal, como, também, diante da absoluta desnecessidade de pena, uma vez atendidos os fins de prevenção com a demonstração inequívoca da conformidade à lei pelo pagamento integral do tributo ou contribuição social devidos.

4 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA TRANSAÇÃO PENAL E DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Para os tipos de injusto que admitem a transação penal, indaga-se se o adimplemento de medida restritiva de direitos imposta acarreta ou não a extinção da punibilidade?

A Lei n.º. 9.099/95, em seu art. 84, parágrafo único, trata apenas do adimplemento da pena de multa transacionada, cuja consequência jurídico-penal é a extinção da punibilidade. Entretanto, a lei não faz qualquer menção expressa

⁷⁴ RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.141.

⁷⁵ RÍOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 87.

⁷⁶ RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos ...op. cit.*, p. 144.

⁷⁷ RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos ...op. cit.*, p. 144-145.

à hipótese de transação penal em que se aplica medida restritiva de direitos. O art. 76, "caput", da citada lei elenca as duas medidas não privativas de liberdade, de forma alternativa, para a transação penal: pena restritiva de direitos ou multa. Para Sergio Donat König, "o legislador, neste artigo, disse menos do que quis dizer ... cabe ao intérprete utilizar-se da interpretação extensiva, segundo a qual, observado o sistema, nota-se claramente que o legislador foi omissivo sobre o ponto crucial que deveria abarcar, razão pela qual o aplicador do direito deve estender esta norma a todas as hipóteses aplicáveis"⁷⁸.

Em geral, a doutrina não se tem manifestado expressamente sobre este tema; a maior parte dos autores sequer menciona sobre a extinção da punibilidade decorrente do adimplemento da pena restritiva de direitos aplicada pela transação penal. Todavia, entende-se que efetivamente o tratamento dado à pena de multa transacionada deva ser idêntico em se tratando da outra modalidade – restrição de direitos: a extinção da punibilidade pelo adimplemento da pena transacionada, recordando-se que em matéria penal-ambiental impõe-se a reparação do dano como condição da extinção da punibilidade, mas, não como composição dos danos civis e sim como comportamento pós-delitivo positivo que operará sobre a categoria da punibilidade.

No que pertine à suspensão condicional do processo deve-se destacar que a Lei n.º 9.605/98 também exige a reparação do dano ambiental como condição da declaração de extinção da punibilidade, ficando explícita a possibilidade de se prorrogar o prazo da suspensão até seu limite máximo (4 anos), podendo ser acrescido de mais um ano, com a suspensão do prazo prescricional. Persistindo a constatação de que o dano ambiental não foi completamente reparado, exigirse-á a comprovação mediante laudo de que o acusado tomou todas as providências necessárias à reparação integral do dano.

Quanto aos demais delitos indicados no item 2.a, para a declaração da extinção da punibilidade, basta atender às condições gerais estabelecidas nos §§ 1º ao 4º, do art. 89, da Lei n.º 9.099/95.

5 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL RECENTE: AS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA EXTINÇÃO OU SUSPENSÃO DA PUNIBILIDADE E DO PRAZO PRESCRICIONAL NOS DELITOS FISCAIS

Tendo já destacado as hipóteses em que a extinção da punibilidade pode operar em relação aos tipos de injusto ambiental, quer em decorrência do

⁷⁸ KÖNIG, Sergio Donat, *Transação penal*: (art. 76 da Lei n.º 9.099/95): uma solução jurídica para o descumprimento por parte do autor do fato, na transação ofertada pelo

adimplemento da pena de multa ou de pena restritiva de direitos transacionadas e homologadas judicialmente, precisando as exigências legais específicas, resta delinear a postura jurisprudencial recente no que respeita aos delitos fiscais.

Neste sentido foram colhidas ementas de julgados que podem ser divididas em dez principais grupos:

1º) Relacionado à constitucionalidade da Lei nº. 10.684/2003, precisamente sobre sua aplicação às pessoas físicas⁷⁹. Infere-se que os tribunais têm empregado a analogia *in bonam partem* para estender a hipótese de adesão ao PAES (Lei nº. 10.684/2003) para contribuintes individuais, em que pese o parcelamento desta lei aplicar-se às pessoas jurídicas. Havia dúvida suscitada sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos previstos no art. 9º, da Lei nº. 10.684/2003, que tratam da suspensão da punibilidade e do prazo prescricional e da própria extinção da punibilidade pelo pagamento integral dos débitos tendo em vista que tal norma não constava da medida provisória original, mas, sofreu conversão com alteração para a inclusão, pelo legislativo, das disposições citadas.

2º) Suspensão da punibilidade em decorrência da adesão ao PAES⁸⁰. Nesta sede, a comprovação de que a pessoa jurídica relacionada com o agente aderiu ao parcelamento acarreta a suspensão da punibilidade, ficando também suspenso o prazo prescricional, até que se ultime o pagamento, hipótese em que deverá operar a extinção da punibilidade do agente, ou, enquanto perdurar a regularidade do parcelamento.

3º) Extinção da punibilidade em decorrência da mera adesão ao parcelamento, desde que efetivada em data anterior ao recebimento da denúncia⁸¹. Embora minoritário, há entendimento no sentido de que a singela adesão ao regime de parcelamento fiscal, desde que anterior ao recebimento da denúncia, daria ensejo à extinção da punibilidade pela incidência do art. 34, da Lei nº. 9.249/1995. Neste sentido, evidencia-se também postura que faz incluir o tipo de injusto do art. 168-A, do CP, neste entendimento⁸².

Ministério Público e homologada pelo Juiz nos crimes de menor potencial ofensivo, quando o seu objeto for a pena restritiva de direitos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 39.

⁷⁹ Neste sentido: TRF 1ª Região – Habeas Corpus nº. 2004.01.00.043990-2/MT, j. 13.12.2004; RSE nº. 2002.38.00.003576-0/MG, j. 23.11.2004; TRF 2ª Região – RES nº. 1999.50.01.003708-4, j. 10.08.2005; TRF 3ª Região – PROC.: 2004.03.0.063758-3 RES 3740, j. 18.10.2005.

⁸⁰ Vide: TRF 1ª Região – RSE nº. 2000.38.03.006944-8/MG, j. 09.01.2006; TRF 3ª Região – PROC.: 2005.03.00.075202-9 HC 22653, j. 08.11.2005; TRF 4ª Região – Agravo Execução Penal nº. 2003.71.07.011741-4/RS, j. 06.04.2004; RSE nº. 2004.72.02.002371-6/SC, j. 17.05.2005; HC nº. 2004.04.01.025660-4/RS, j. 30.06.2004.

⁸¹ Nesta sede: TRF 4ª Região – HC nº. 2006.04.00.001242-9/SC, j. 14.03.2006; STJ – RESP nº. 723.446-MG 2005/0014229-0, j. 23.08.2005.

⁸² Neste sentido: TRF 4ª Região – Ap. Criminal nº. 2005.04.01.009788-9/PR, j. 02.08.2005;

4º) Extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia: esta postura preconiza certa confusão entre os dispositivos das Leis nº. 9.249/95 (art. 34) e 10.684/2003 (art. 9º, § 2º), ao explicitar que a extinção da punibilidade teria um prazo limite para se operar no tocante ao pagamento do débito⁸³, com expressa menção a contribuição recolhida dos empregados e não repassada para o INSS, em afronta direta ao § 1º, do art. 38, da Lei nº. 8.212/1991.

5º) Extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito, ainda que efetivado após o recebimento da denúncia⁸⁴, com expressa referência à retroatividade da Lei nº. 10.684/2003, por se tratar de *lex mitior*.

6º) Extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito, ainda que efetivado após o recebimento da denúncia e ainda que não tenha sido incluído no regime do PAES⁸⁵, também com o gravame de se tratar de expressa menção a contribuição recolhida dos empregados e não repassada para o INSS, em afronta direta ao § 1º, do art. 38, da Lei nº. 8.212/1991.

7º) Extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito, ainda que efetivado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁸⁶.

8º) Extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito, sem mencionar qualquer prazo limite para tanto⁸⁷, com expressa menção a contribuição recolhida dos empregados e não repassada para o INSS, em afronta direta ao § 1º, do art. 38, da Lei nº. 8.212/1991. Aqui interessa destacar que o TRF da 4ª Região considerou que o benefício da extinção da punibilidade deveria ser estendido aos co-réus ante o pagamento integral do débito previdenciário, por se tratar de condição objetiva. De outra sorte, o STJ tem considerado, estranhamente, a hipótese do art. 9º, § 2º, da Lei nº. 10.684/2003, como uma causa suprallegal de extinção da punibilidade⁸⁸.

STJ – HC nº. 41.587-MT 2005/0018150-8, j. 26.04.2005; RESP nº. 662.087-PR (2004/0079966-7), j. 23.11.2004.

⁸³ TRF 1ª Região – Ap. Criminal nº. 2000.37.00.002935-1/MA, j. 14.02.2006.

⁸⁴ TRF 1ª Região – EI em Rec. Criminal nº. 1997.01.00.021341-4/DF, DU 09.02.2006; TRF 4ª Região – Ap. Criminal nº. 2000.71.08.005055-8/RS, j. 27.10.2004; Ap. Criminal nº. 2002.71.10.002480-5/RS, j. 01.12.2004.

⁸⁵ TRF 4ª Região – RSE nº. 2005.71.09.000302-2/RS, j. 22.06.2005; RSE nº. 2004.72.11.000292-1/SC, j. 09.02.2005.

⁸⁶ TRF 4ª Região – Agravo em Execução Penal nº. 2004.70.00.004272-5/PR, j. 01.05.2004.

⁸⁷ TRF 1ª Região – Rec. Criminal nº. 2001.38.00.038829-6/MG, j. 08.11.2005; TRF 3ª Região – PROC.: 2004.61.81.004097-4 RCCR 3645, j. 28.11.2005; TRF 4ª Região – Ap. Criminal nº. 2003.71.12.002818-3/RS, j. 08.06.2005; Ap. Criminal nº. 2004.04.01.012504-2/RS, j. 09.11.2004; Ap. Criminal nº. 2001.70.02.002561-6/PR, j. 14.02.2006; HC nº. 2004.04.01.016842-9/RS, j. 09.06.2004;

⁸⁸ STJ – RESP nº. 710.406-MA 2004/0176974-8, j. 19.05.2005; HC nº. 39.124/SP 2004/0151728-5, j. 03.05.2005; HC nº. 42.261/SP 2005/0034760-1, j. 03.05.2005.

9º) Trancamento da ação penal diante do pagamento integral do débito tributário⁸⁹.

10º) Informativo nº. 407, do STF, sobre a aplicação de lei mais benéfica acerca da extinção da punibilidade. Em julgamento de habeas corpus nº. 85.661/DF, impetrado em hipótese de condenação decorrente do tipo de injusto de apropriação indébita previdenciária, discutia-se sobre a suspensão da pretensão punitiva pela adesão da empresa relacionada com o agente ao REFIS I (Lei nº. 9.964/2000), portanto, antes da vigência da Lei nº. 10.684/2003, uma vez que o fato versava sobre contribuições descontadas dos empregados e não repassadas à previdência social. O REFIS I não excluía da possibilidade de parcelamento os débitos em questão, sendo que apenas quando do veto do Executivo ao § 2º, do art. 5º, do PAES é que o problema ganhou novos contornos. Na Turma, pelo menos 3 dos Ministros já haviam deferido em parte a ordem para anular o acórdão do TRF da 1ª Região, suspendendo a pretensão punitiva e o curso do prazo prescricional, uma vez que o paciente havia aderido ao REFIS I antes do veto ao dispositivo da Lei nº. 10.684/2003. O julgamento foi adiado em virtude de pedido de vista por um dos Ministros⁹⁰. Entretanto, não se pode olvidar que ainda vige o § 1º, do art. 38, da Lei nº. 8.212/1991, que veda expressamente tal parcelamento.

6 CONCLUSÕES

A partir do acima gizado é possível considerar que:

a) Nem todos os tipos de injusto supraindividuais apresentam causas específicas extintivas de punibilidade.

No que pertine à temática das Leis nº. 4.771/65, art. 26, “e”, “l” e “m”, 8.078/90, arts. 63 a 65, “caput”, 66 a 74, 9.605/98, arts. 29, “caput” e §§ 1º e 4º, 31, 32, 33, 38, § único, 41, § único, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, § 1º, 55, 56, § 3º, 60, 62, § único, 64, 65, 67, § único e 68, § único, 11.105/2005, art. 29, e dos Decretos-leis nº. 3.688/41, arts. 31 e 42 e Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP), arts. 250, § 2º, 252, § único e 359-A, 359-B, 359-E e 359-F, evidencia-se a possibilidade da extinção da punibilidade mediante o adimplemento da proposta de pena restritiva de direitos ou multa decorrente da transação penal ou pelo cumprimento das condições previstas para a suspensão condicional do processo. Recorde-se que,

⁸⁹ TRF 1ª Região – HC nº. 2005.01.00.057015-9/DF, j. 11.10.2005; TRF 2ª Região – HC nº. 2005.02.01.012682-4, j. 09.02.2006; STJ – HC nº. 44.718/RJ 2005/0094558-7, j. 06.12.2005.

⁹⁰ Informativo STF – Lei 10.684/2003: Extinção da punibilidade e aplicação da lei mais benéfica: 24 de outubro a 04 de novembro de 2005, nº 407.

em se tratando de delitos ambientais, exigível a reparação do dano para fins de declaração da extinção da punibilidade pela transação penal adimplida (art. 27, Lei nº. 9.605/98) ou pelo cumprimento da suspensão condicional do processo (art.28, I, da mesma lei). Apenas em relação ao art. 27, da lei ambiental, há equívoco do legislador ao estabelecer a reparação do dano sob a modalidade de composição dos danos civis, medida autônoma e que não guarda relação com a temática supraindividual;

A suspensão condicional do processo, isoladamente, poderá acarretar, também, a extinção da punibilidade em relação aos tipos de injusto previstos nas Leis nº. 8.176/91, arts. 1º e 2º, 7.492/86, arts. 8º ao 12, 16, 18, 21 e 23, 9.605/98, arts. 30, 34, 35, 38, 39, 40, 42, 54, “caput” e seu § 2º, 56, “caput” e seu § 1º, 61, 62, I e II, 63, 66, 67, “caput”, 68, “caput” e 69, 11.105/2005, arts. 24, 25 e 27, “caput”, e no Decreto-lei nº. 2.848/1940 (CP), art. 252, “caput”, 334, “caput” e § 1º e 359-C, 359-D, 359-G e 359-H. Recorde-se a mesma observação acima formulada em relação à declaração da extinção da punibilidade pelo adimplemento das condições da suspensão condicional do processo nos delitos ambientais;

Com relação às causas extintivas de punibilidade específicas, destacam-se os delitos fiscais previstos nos arts. 1º e 2º, da Lei nº. 8.137/90, bem como, os delitos previstos no art. 95, da Lei nº. 8.212/91 e, posteriormente, com a vigência da Lei nº. 9.983/2000, os delitos dos arts. 168-A e 337-A, além do delito de descaminho, previsto no art. 334, do Código Penal.

Diante da sucessão de leis no tempo, o que se pode evidenciar é que, em relação aos delitos contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1º e 2º, da Lei nº. 8.137/90, vige atualmente uma combinação de leis entre o art. 34, da Lei nº. 9.249/95 e o art. 9º, da Lei nº. 10.684/2003, devendo tal hipótese ser estendida ao descaminho, por analogia *in bonam partem*, face à não previsão legal expressa.

Já, com relação aos delitos do art. 168-A, é preciso destacar que a extinção da punibilidade deve ocorrer nos termos da Lei nº. 10.684/2003, isto é, mediante o pagamento integral das contribuições sociais previdenciárias, a qualquer tempo, desde que não se refira a contribuições descontadas dos empregados, mesmo os domésticos, avulsos e não repassadas ao INSS, assim como às demais hipóteses previstas no § 1º, do artigo 38, da Lei nº. 8.212/91, as quais apenas não poderão sofrer a incidência de parcelamento, por se tratar de medida mais benéfica do que a prevista no art. 168-A, § 2º, do CP.

Prevê, também, o art. 168-A, § 3º, duas hipóteses de perdão judicial, com a supressão da pena ou a condenação a pena de multa, ao criminoso primário e de bons antecedentes que tenha promovido o pagamento integral do débito

previdenciário, após o início da ação fiscal e antes do oferecimento da denúncia e no caso de contribuições devidas até o limite estabelecido pelo Memorando Circular INSS nº. 36/1998, ou seja, até 5.000,00. Deve-se frisar que a hipótese de perdão judicial prevista no inciso I, do parágrafo em questão, atualmente resta prejudicada diante da norma do § 2º, do art. 9º, da Lei que instituiu o PAES, de maio de 2003, uma vez que não prevê qualquer prazo máximo de tempo para que se efetive o pagamento e se logre a extinção da punibilidade.

Todavia, questão tormentosa se refere à hipótese de extinção da punibilidade prevista no art. 337-A, § 1º, do CP, uma vez que a Lei nº. 10.684/2003 faz menção expressa de sua incidência às hipóteses de sonegação de contribuição previdenciária. Ora, a extinção da punibilidade descrita na Lei do PAES parece se muito mais gravosa do que a hipótese do § 1º, do art. 337-A, por exigir aquela o pagamento integral do débito, enquanto esta se contenta com a mera declaração, confissão e fornecimento de informações à previdência social. Assim, entende-se que ambas as disposições legais restam vigentes, devendo ser apreciado cada caso concreto.

Outra hipótese de perdão judicial é encontrada no § 2º, I, desse artigo e se aplica à semelhança do art. 168-A, § 3º, II, isto é, à hipótese de sonegação até o limite estabelecido no ato normativo específico, tal seja, até R\$5.000,00.

Grave, entretanto, e apenas tratado na doutrina por Luiz Regis Prado, de forma científica, é a ausência de critérios legais para a adequação entre o perdão judicial ou a multa, diante dos graves reflexos que uma sentença penal condenatória pode acarretar ao ser humano, merecendo melhor digressão e tratamento doutrinário no Brasil.

b) O fundamento jurídico-penal das causas específicas extintivas de punibilidade nos delitos supraindividuais é a desnecessidade de pena, fundada no alcance aos fins de prevenção decorrentes da política criminal e fiscal, fundada no comportamento pós-delitivo positivo do agente. Especificamente, no que se referem aos delitos fiscais, dois enfoques podem explicar a fundamentação da extinção da punibilidade: de um lado o político-fiscal e de outro o jurídico-penal.

c) A jurisprudência nacional recente, em sede de extinção ou suspensão da punibilidade nos delitos fiscais, tem oscilado entre considerar a mera adesão a regime de parcelamento fiscal como hipótese hábil à declaração da extinção da punibilidade até exigir que se efetive o pagamento integral do débito, incluindo-se todos os acessórios, como multa e juros de mora. Entende-se que a segunda postura seja a mais adequada, a fim de que seja concretamente estimulado o comportamento pós-delitivo positivo posterior à consumação do delito como um

dos fundamentos jurídico-penais do instituto. Nada impede que seja aplicada a norma mais favorável diante da premissa do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, principalmente quando não se tem em conta um prazo limite máximo para a realização do comportamento pós-delitivo positivo. A extensão às pessoas físicas do parcelamento (contribuintes individuais) é absolutamente inquestionável do ponto de vista da isonomia constitucional. Todavia, seria de bom alvitre que o legislador limitasse o número de vezes em que uma pessoa pudesse ser beneficiada com a extinção da punibilidade, principalmente nos delitos fiscais, nos mesmos moldes em que existe disposição legal para a utilização da transação penal ou da suspensão condicional do processo penal.

d) O adimplemento da medida (pena) restritiva de direitos acordada na transação penal deve gerar a extinção da punibilidade do agente, ainda que tal previsão não se encontre explicitada no § único, do art. 84, da Lei nº. 9.099/95.