

Aspectos quanto a rejeição da denúncia, ante a suspensão da pretensão punitiva, em decorrência da empresa, gerida pelo denunciado ter aderido ao Refis.

Sobre a temática ora trazida à discussão, mister se torna tecer algumas considerações preliminares.

Com o intuito de regularizar os débitos das pessoas jurídicas, decorrentes de tributos e contribuições sociais devidos à União, vencidos e inadimplidos até 29 de fevereiro de 2000, foi editada a Lei n.º 9.964, de 10 de abril de 2000, regulamentada pelo Decreto n.º 3.431, de 24 de abril de 2000, que instituiu o Programa de Recuperação de Débitos Fiscais - REFIS.

Tal programa, entretanto, a par dos dispositivos de natureza extra-penal que contém, e cuja finalidade é a moralização e o saneamento do sistema de arrecadação, tem ensejado, na seara penal, inúmeras controvérsias a respeito de sua aplicabilidade.

A primeira delas, de cunho doutrinário e jurisprudencial, deve-se ao fato de constituir-se, o artigo 15, da Lei nº 9.964/2000, norma mista, já que, em seu *caput*, prevê a suspensão do *jus puniendi estatal* (regra de direito processual) e, em seu parágrafo 1º, a suspensão do curso do prazo prescricional (regra de direito material). Discute-se, então, se poder-se-ia aplicá-la a fatos ocorridos antes de sua vigência e eficácia, e, se tal aplicação, poderia se dar de forma fragmentada, já que, possuindo natureza mista, estar-se-ia podendo, tanto beneficiar, quanto prejudicar o réu.

Eis o que preceitua o artigo em comento:

"Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, as normas estabelecidas nesta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal"

É sabido que, para que interpretemos devidamente tais comandos, é preciso que os examinemos em conjunto, para que verifiquemos o verdadeiro sentido de cada um deles. Essa norma, como qualquer outra, é uma unidade, e seu objetivo, como tal, traz benefícios àqueles a quem é dirigida.

Depreende-se, de sua leitura, que tem como escopo os contribuintes que se encontram em situação irregular para com os cofres públicos, visando lhes dar a oportunidade de saldar seus débitos. O que se pretende, em verdade, é promover a regularização de créditos tributários, obtendo-se, com isto, maior arrecadação.

Quanto aos seus ditames, ao contrário do que muitos alegam, não constituem afronta o ordenamento jurídico-penal vigente, senão vejamos.

Temos, no referido art. 15, *caput*, norma de direito processual (suspensão da pretensão punitiva) e, no seu parágrafo primeiro, regra de direito material (suspensão do prazo prescricional). Quanto a esta, não há dúvidas que se trata de lei penal mais severa, logo, num primeiro momento, descabida sua retroação. Já no tocante àquela, norma processual ligada ao próprio *ius puniendi* estatal, por mais benéfica ao acusado, poderia alcançar os fatos anteriores à data em que entrara em vigor.

Todavia, diante de tal contexto, é de se entender pela impossibilidade da aplicação parcial de tais preceptivos, ou seja, da retroatividade apenas da suspensão da pretensão punitiva, não sendo a solução mais justa, eis que restaria o Estado impedido de exercer a persecução pelo fato criminoso em tese configurado, ao passo que, a continuidade do curso do prazo prescricional levaria alguns agentes à impunidade. Faz-se imperioso, portanto, que passemos a uma interpretação coerente e justa.

Assim, se é certo que o artigo 15, em seu *caput*, prevê a suspensão da pretensão punitiva do Estado, determina, outrossim, que ela se dê pelo tempo que perdurar a inclusão do devedor no Programa. Já, quando, em seu parágrafo 1º, dispõe a respeito da suspensão da prescrição, reserva o direito de punição na hipótese de não cumprimento da avença.

Interpretando-se, sistematicamente, tais dispositivos, bem como o inserto em seu parágrafo 3º, o qual dispõe a respeito da extinção da punibilidade, afere-se que, de uma forma geral, acabam por se mostrar benéficos ao agente, eis que, preferível, a este, não sofrer os percalços de uma ação penal e, em cumprindo o parcelamento acordado, ver extinta a punibilidade de seus atos, do que se sujeitar a todo o processo judicial a fim de que não veja suspenso o prazo prescricional.

Tem-se, portanto, como a única solução possível, a aplicação integral do dispositivo em tela, seja porque expressa, a meu ver, a real vontade do legislador, e, beneficia, em sua essência, àqueles aos quais a norma foi destinada, ou, ainda, porque, se a decompuséssemos, estaríamos rompendo com sua sistematicidade intrínseca, alterando sua finalidade teleológica.

Diante disto, as disposições introduzidas pela Lei nº 9.964/2000 devem alcançar as condutas praticadas antes de 11/04/2000, pois representam, em seu conjunto, norma penal mais benigna, já que possibilitam ao agente não responder a uma ação penal, bem como estabelecem a decretação de extinção da punibilidade ao término do pagamento integral do débito (§3º, de seu artigo 15). Destarte, tratando-se de lei penal mais benéfica, possível é a sua retroação, nos termos do disposto no inciso XL, do art. 5º, da Constituição Federal e do art.2º, parágrafo único, do Código Penal.

Ademais, a jurisprudência, em reiteradas oportunidades, manifestou-se no sentido da adoção conjunta dos aludidos comandos, preponderando a vantagem proporcionada ao acusado em afastar a persecução penal sobre o desfavorável impedimento da fruição do prazo prescricional e sobre a retroatividade das regras jurídico-penais em discussão, conforme se depreende do julgado que abaixo transcrevo, *in verbis*:

"PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO RECOLHIMENTO. ART. 168-A DO CP. DOLO. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO COM BENEFÍCIO PARA O ACUSADO.

1. "Considerando que o débito a que se refere a denúncia oferecida contra os pacientes é o mesmo constante do termo de opção pelo Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, instituído pela Lei 9.964/2000, e de que essa opção se deu antes do recebimento da referida denúncia, a Turma, em face do disposto no art. 15 da citada Lei, deferiu o habeas corpus, para suspender a ação penal durante o cumprimento das obrigações do REFIS" – HC 81444, Rel. Min. NELSON JOBIM, julgado em 19.02.2002 – Informativo STF nº 257.

2. In casu, tratando-se de hipótese rejeição da denúncia, protocolizada em 19.12.2001, se dá com base no inciso III, do art. 43 do CPP, há que ser mantida a decisão hostilizada, visto que falta ao parquet interesse jurídico para denunciar enquanto estiverem suspensos a pretensão punitiva e o curso da prescrição. No caso de não pagamento, ou de exclusão do contribuinte do REFIS é que haverá legítimo interesse para oferecimento de nova peça acusatória.

3. A suspensão do curso da prescrição mostra-se benéfica, "porque além de envolver a própria pretensão punitiva, que obsta o oferecimento da denúncia, há previsão de extinção da punibilidade ao final do parcelamento. A aplicação retroativa da norma prevista no § 1º da Lei nº 9.964/2000, que prevê a suspensão do prazo prescricional, analisada isoladamente, conduz à conclusão de violação de direito fundamental do cidadão, mas a lei deve ser interpretada de maneira sistemática, levando-se em conta a previsão de extinção da punibilidade contida no parágrafo 3º, do artigo 15. Sendo, pois, a

lei em exame de conteúdo misto, com repercussão na órbita do direito penal benéfica ao réu, deve retroagir".

4. Recurso em sentido estrito improvido" (RCCR 1177 – Processo nº 200202010118802/RJ, trf 2ª Região, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Rogério de Carvalho, julg. 13/11/2002 e publ. 17/02/2003).

Ressalte-se, por oportuno, também, que não há que se comparar a aplicação do mencionado art. 15 da Lei 9.964/2000 com o entendimento adotado em relação ao Art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9.271/96. Isto porque, a orientação que foi dada a este último, convergiu no sentido da não retroatividade do comando, prevalecendo o conteúdo material da norma, prejudicial ao réu. Já o artigo 15 da Lei 9.964/2000, ora em discussão, é, na sua integralidade, mais benigno, alcançando, portanto, fatos compreendidos antes do início de sua vigência. Nesta linha assim se decidiu, *in verbis*:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. REFIS. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. INCIDÊNCIA DO ART. 15, CAPUT E §1º, DA LEI Nº 9.964/2000. RETROATIVIDADE. LEI MAIS BENÉFICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

1. Em matéria de direito intertemporal, a regra geral é a da prevalência da lei do tempo do fato (*tempus regit actum*), salvo em se tratando de norma penal mais benigna, quando prevalece o princípio da retroatividade da lei (CF/88, art. 5º, XL e CP, art. 2º, parágrafo único).

2. Problema surge quando a norma posterior favorece o réu em parte, prejudicando-o, todavia, em outra. É o que ocorre no caso em tela, onde a Lei nº 9.964/2000 estabelece a suspensão da pretensão punitiva do Estado, com suspensão da prescrição, para aqueles que forem incluídos no REFIS antes do recebimento da denúncia, com a extinção da punibilidade ao final, quando quitado integralmente o débito.

3. Nestas hipóteses, a solução está em se traçar um paralelo entre a situação do réu antes e depois da lei nova, apurando-se quais seriam os resultados e conseqüências da aplicação da norma posterior, para, a final, verificar qual a menos gravosa ao acusado.

4. Na espécie, não restam dúvidas de que é muito mais benéfico ao réu não sofrer os percalços de uma ação penal e, em cumprindo o acordado, ter extinta a punibilidade de seus atos, do que sujeitar-se a todo processo judicial a fim de que não veja suspenso o prazo prescricional.

5. Não se pode dar ao art. 15 da lei do REFIS a mesma interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal quando do enfrentamento das inovações trazidas pela Lei nº 9.271/96, que alterou o artigo 366 do CPP. É que, diferentemente do disposto no artigo 366 da Lei Penal Adjetiva, o artigo 15 da Lei do REFIS (conjugadas as previsões do caput, §§ 1º e 3º) tem o condão de gerar a extinção da punibilidade do réu. Tal benesse não é, contudo, objeto do

artigo 366 do CPP (Lei nº 9.271/96), que apenas assegura ao estado a manutenção de seu jus puniendi.

6. Recurso criminal em sentido estrito improvido.

(TRF 4ª Região – 7ª Turma – RCCR 2000.71.00.020732-2/RS – Rel. Juiz Fábio Rosa – DJ: 14/11/2001) (grifou-se)

Quanto à possibilidade de se vislumbrar possível inconstitucionalidade do artigo 15, do mencionado diploma legal, por ofensa ao princípio da moralidade administrativa, não há como cogitá-la. O Programa do REFIS faculta, ao contribuinte, a oportunidade de liquidar os seus débitos, tendo, como objetivo, a proteção das receitas públicas. Destarte, buscando-se obter uma maior arrecadação com estas receitas, que serão revertidas em benefícios para toda a sociedade, tal situação se compatibiliza, inteiramente, com a moralidade administrativa.

Tampouco há que se falar que a Lei n.º 9.964/2000 cria uma hipótese de crime imprescritível, porquanto, *ainda que o lapso prescricional possa ficar suspenso por um longo período – enquanto a pessoa jurídica estiver incluída no REFIS – o fato é que em caso de descumprimento do acordado o prazo voltará a correr* (in Recurso Criminal em Sentido Estrito n.º 2001.71.00.030635-3/RS, TRF 4ª Região, Turma Especial, Rel. Des. Federal FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA, D.J. 23/01/2002).

Todavia, deve-se ressaltar por fim, que caso a empresa seja excluída do Programa - REFIS, conseqüentemente, retorna ao ente estatal a possibilidade de voltar a exercer a pretensão punitiva.

Transcrevo, nesta linha, e, por oportuno, o seguinte julgado, *in verbis*:

"PENAL – RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL – REFIS - EXCLUSÃO

I- A empresa optante pelo Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, foi excluída do Programa, conforme a Portaria nº 069 de 17/12/01, por falta de pagamento.

II- A inclusão da empresa no Programa suspende a pretensão punitiva do estado e da mesma forma, a sua exclusão do referido Programa autoriza o prosseguimento da apuração da responsabilidade penal de seus dirigentes.

III- Recurso provido." (TRF – 2ª Região. Proc. n.º 2002.02.01011881-4. Rel. Desemb. Fed. Tânia Heine. DJU: 28/11/2002)

Assim sendo, verifica-se que, consoante o art. 15, *caput*, da Lei n.º 9.964/2000, está suspensa, a pretensão punitiva do Estado enquanto a empresa estiver incluída no REFIS, desde que a opção no referido Programa

ocorra antes do recebimento da denúncia, não podendo ser iniciada a ação penal, sob pena de configurar constrangimento ilegal.

Pedro Melchior de Melo Barros

Advogado em Recife (PE), membro do escritório Ivo Barboza Advogados Associados.
Procurador do Município de Arcoverde – Pernambuco.

Sobre o texto:

Texto inserido no Jus Navigandi nº 396 (7.8.2004).
Elaborado em 06.2004.