

## EFEITOS PENAIS DO REFIS III (MP nº 303/06)

### FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO, JOÃO DANIEL RASSI e GAUTHAMA FORNACIARI

O Governo Federal, mais uma vez, editou medida provisória para permitir o parcelamento de débitos tributários de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional de Seguridade Social, com vencimento até o dia 28 de fevereiro de 2003, em até cento e trinta prestações mensais e sucessivas.<sup>(2)</sup> O prazo para a adesão ao programa expira em 15 de setembro de 2006. Trata-se da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006, também conhecida como *Refis III* (Programa de Recuperação Fiscal).

Como sói acontecer com regimes similares de parcelamento de tributos, tais como o *Refis I* (Lei nº 9.964/00) e o *Refis II* (Parcelamento Especial, também chamado de *Paes* – Lei nº 10.684/03), a opção pelo parcelamento tratado na MP nº 303/06, se de um lado traz benefícios ao contribuinte — como é o caso da redução da multa em 50%, prevista no art. 3º, § 7º —, de outro implicam significativos benefícios à Fazenda Pública — como, por exemplo, a confissão de dívida irrevogável e irretroatável da totalidade dos débitos existentes (art. 1º, § 6º). Ademais, admitiu-se que os débitos incluídos em outros regimes sejam parcelados nas condições previstas no novo regime, "*admitida a transferência dos débitos remanescentes dos impostos, contribuições e outras exações*", hipótese na qual a pessoa jurídica deverá requerer, junto ao órgão competente, a desistência irrevogável e irretroatável dos parcelamentos anteriormente concedidos (art. 4º, *caput*, e § 1º).

Entretanto, ao contrário do previsto nas modalidades de parcelamento anteriores — *Refis I* e *Refis II* —, o novo regime de consolidação e parcelamento de dívidas tributárias federais, instituído pelo *Refis III*, *não previu qualquer efeito penal ou processual penal para o contribuinte que aderir ao programa*. Tal não impede, conforme será visto, que se lhe apliquem os efeitos penais correspondentes.

O objetivo do presente artigo é verificar qual a situação jurídica do acusado-contribuinte que optar pelo *Refis III*. Terá o contribuinte direito à extinção da punibilidade, nos termos do que prevê art. 34 da Lei nº 9.249/95? Terá ele direito apenas à *suspensão da pretensão punitiva* prevista no regime anterior, nos termos do disposto no art. 9º da Lei do *Refis II*? Antes de responder a tais questões, é preciso atentar para a cronologia legislativa.

O art. 34 da Lei nº 9.249/95, ao restabelecer antiga causa extintiva da punibilidade,<sup>(3)</sup> dispôs o seguinte: "*Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*". Após anos de discussão, a jurisprudência no STJ pacificou-se no sentido de que o parcelamento realizado antes do recebimento da denúncia permite a declaração da extinção da punibilidade dos crimes tributários, nos termos do citado art. 34. (4) Relevante anotar que tal entendimento vem sendo

jurídico isonômico para situações semelhantes. Não se pode tratar de forma desigual, por exemplo, o agente que obtém o parcelamento do débito, antes do recebimento da denúncia, com base na Lei do *Refis II*, e o agente que o obtém com base em outra fonte legal: a ambos deve-se aplicar o mencionado art. 34, que, neste ponto, é norma mais benéfica, extinguindo-se a punibilidade.

É bem verdade que existe entendimento no sentido de que, com o advento do art. 9º da Lei do *Refis II*, o parcelamento, ainda que realizado antes do início da ação penal, acarreta tão-somente a suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, e de que somente o pagamento integral extingue a punibilidade (art. 9º, § 2º).<sup>(7)</sup> Note-se que, para essa corrente, o art. 34 não comporta mais aplicação, tendo sido tacitamente revogado por normas posteriores.

Não parece, todavia, ser esse o melhor entendimento, porquanto o art. 34 da Lei nº 9.249/95, além de ser norma de caráter geral, é mais amplo que as legislações posteriores, e não foi revogado expressamente. De outra parte, não há que se falar, em sua revogação tácita, pois tanto o art. 15 da Lei do *Refis I* quanto o art. 9º da Lei do *Refis II*, a despeito de tratarem de normas penais de aplicação específica (sim, porque os parcelamentos de que cuidam abrangem apenas tributos vencidos até determinada data), não disciplinaram inteiramente a matéria nem se mostram incompatíveis com a disciplina do referido art. 34 (LICC, art. 2º, § 1º).

Com efeito, o mencionado art. 34, norma de caráter geral, prevê como causa extintiva da punibilidade a simples *promoção do pagamento*, expressão mais abrangente que abarca qualquer atividade do contribuinte que implique o início do pagamento — é o caso do parcelamento, cuja aceitação pelo fisco depende do pronto pagamento da primeira parcela. Essa é a razão que sustenta o entendimento majoritário do STJ no sentido de que o parcelamento, quando realizado antes do recebimento da denúncia, permite a aplicação da causa extintiva da punibilidade prevista no mencionado art. 34, *ainda que realizado após a vigência das Leis do Refis I e do Refis II*.

Não obstante a polêmica acerca da matéria, conclui-se que caberá ao intérprete, na busca da solução jurídico-criminal do parcelamento, aplicar a lei mais vantajosa ao acusado, como visto.

De outro lado, para efeitos penais, não se pode distinguir entre parcelamento de tributos federais, estaduais e municipais, devendo todos comportar a mesma solução jurídica. Pouco importa, outrossim, se o contribuinte é pessoa física ou jurídica, devendo haver tratamento equivalente a ambos.

É importante frisar, mais uma vez, que o Estado, ao celebrar acordos de parcelamento com o contribuinte, é amplamente beneficiado. Basta lembrar que se exige do sujeito passivo a desistência de qualquer recurso

aplicado mesmo na vigência das Leis do *Refis I* e do *Refis II*.  
(5)

Passados quase cinco anos de vigência do mencionado dispositivo, veio à lume o *Refis I* (Lei nº 9.964/00), cujo art. 15, em disposição inédita, afirmou que o parcelamento antes do recebimento da denúncia suspende o curso da ação penal, *verbis*: "*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*". Dispôs, ainda, no seu § 1º, que "*a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva*".

Depois de três anos, entrou em vigor o *Refis II*, instituído pela Lei nº 10.684/03, cujo art. 9º ampliou o marco temporal dos efeitos do pagamento e do parcelamento dos tributos, podendo também ser efetuados após o recebimento da denúncia, *verbis*: "*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 nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º 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*".

Por fim, foi editado o *Refis III*, pela MP nº 303/06, que não previu qualquer efeito penal ou processual penal relativo ao pagamento integral ou ao parcelamento de tributos, ao contrário do que sucedeu nos regimes anteriores. Apesar disso, como se verá, *ambas as situações comportam soluções jurídicas nos termos da legislação penal vigente*.

Em relação ao pagamento integral, é inquestionável que, ainda que realizado após o recebimento da denúncia, ou mesmo após a condenação, transitada em julgado ou não, ocorrerá a extinção da punibilidade.(6) O fundamento legal desta posição está no fato de que o art. 9º, § 2º, da Lei do *Refis II*, não mais exigiu que o pagamento integral se desse antes do recebimento da denúncia, podendo ocorrer a qualquer tempo; por se tratar, neste ponto, de norma penal mais benéfica do que o art. 34 da Lei nº 9.249/95, ela deve retroagir (CR/88, art. 5º, XL).

Quanto ao parcelamento, a *solução jurídica dependerá do momento em que é formalizado junto ao órgão arrecadatório*. Se efetuado antes do recebimento da denúncia, deve ser aplicada a causa extintiva da punibilidade do art. 34 da Lei nº 9.249/95. Caso ocorra após o recebimento da denúncia, deve incidir a causa suspensiva do curso da ação penal disposta no art. 9º, *caput*, da Lei do *Refis II*.

Esse entendimento deve ser aplicado pouco importando sob qual regime de vigência tenha sido efetuado o parcelamento, dada a necessidade de tratamento

administrativo ou judicial, possibilitando inclusive a imediata inscrição do débito em dívida ativa.

Assim, é bastante razoável admitir-se que o parcelamento, nos moldes do *Refis III* da MP nº 303/06, quando realizado antes do recebimento da denúncia, permita a aplicação do ainda vigente art. 34 da Lei nº 9.249/95, extinguindo-se a punibilidade do crime tributário. De outra sorte, se o parcelamento é realizado após o recebimento da denúncia, aplica-se o art. 9º, § 2º, da Lei do *Refis II*, suspendendo-se o curso da ação penal. Essa parece ser, *s.m.j.*, a solução mais adequada e justa para o impasse.

#### Notas

(1) Artigo escrito em 14 de agosto de 2006.

(2) A MP 303 previu, ainda, duas formas alternativas de parcelamento, conforme arts. 8º e 9º.

(3) A extinção da punibilidade pela promoção do pagamento, antes do recebimento da denúncia, era prevista no art. 14 da Lei nº 8.137, de 27.12.90, dispositivo este que foi revogado pelo art. 83 da Lei nº 8.383, de 30.12.91. Após quatro anos, referida causa extintiva da punibilidade foi restabelecida pelo art. 34 da Lei nº 9.249, de 26.12.95.

(4) A justificativa principal deste argumento é de que o art. 34 da Lei nº 9.249/95 exige apenas que o agente *promova o pagamento* do débito, isto é, dê início a ele. Dessa forma, entende-se que o parcelamento constitui inegável forma de *promoção* do pagamento. Em acréscimo, entendeu-se que basta o parcelamento para a ocorrência da extinção da punibilidade ante a omissão do legislador sobre se o pagamento dovesse ser integral ou parcelado. Tranquilo, ainda, o entendimento do STJ no sentido de aplicar o mencionado art. 34 também aos crimes que envolvam as contribuições previdenciárias, dada a sua inegável natureza tributária.

(5) STJ, *HC* nº 46.313/DF, *DJ* 12.06.2006, p. 545; *RHC* nº 17.192/PR, *DJ* 01.08.2005, p. 475; *HC* nº 46.695/SP, *DJ* 01.02.2006, p. 581; *HC* nº 42.674/RJ, *DJ* 27.03.2006, p. 336.

(6) STF, *HC* nº 81.929/RJ, *DJ* 27.02.04, p. 27; STJ, *RHC* nº 17.367/SP, *DJ* 05.12.05, p. 378; TJSP, *HC* nº 480.968/3, j. 31.03.05.

(7) STJ, *HC* nº 40.950/SP, *DJ* 10.04.2006, p. 237; *RHC* nº 17.804/RR, *DJ* 03.04.2006, p. 369; *HC* nº 34.288/RS, *DJ* 06.02.2006, p. 334; *HC* nº 29.745/SP, *DJ* 06.02.2006, p. 328; *HC* nº 42.870/ES, *DJ* 20.06.2005, p. 327. Entendeu-se, ainda, que o parcelamento realizado na vigência da Lei do *Refis II* implica apenas na suspensão da pretensão punitiva, beneficiando também os parcelamentos realizados pela pessoa física: STJ, *RHC* nº 18.178/TO, *DJ* 03.04.2006 p. 370).

**Delmanto Advocacia Criminal**

Rua Bento de Andrade, 549 – Jd. Paulista – São Paulo – SP  
Telefone e fax (11) 3887-6251 (11) 3051-2902 (11) 3051-6382  
**e-mail:** delmanto@delmanto.com – **site:** www.delmanto.com