

*Apresentação, pelo contribuinte, de seguro-garantia em processo de execução fiscal, não impede a responsabilização penal.*

1ª Central de Inquéritos- Capital

24ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal- COESF

Inquérito Policial nº0028/2012-DPFAZ (03 volumes)

Investigados: administradores da NET Rio S/A

**EMENTA:** Contribuinte autuado pela repartição fiscal fluminense por violar requisitos normativos autorizadores de benefício fiscal. Exaurimento da via administrativa, após não provimento de recursos pela Junta de Revisão Fiscal e pelo Conselho de Contribuintes, assim como improcedência de pedido mandamental (mandado de segurança). Dever líquido e certo de pagar tributo e sanção pecuniária. Lesão ao erário estadual. Apresentação de seguro-garantia judicial nos autos do processo de execução fiscal não se confunde com pagamento. Prova documental produzida com fotocópias não autenticadas e apresentadas pelo próprio contribuinte interessado. Não obstaculizada a responsabilização penal.

Trata-se de procedimento investigatório criminal instaurado em decorrência de representação fiscal formulada pela Secretaria de Estado de Fazenda fluminense, em que notícia que a sociedade **NET RIO S/A**, no período compreendido entre o dia 01 de novembro de 2001 e o dia 07 de outubro de 2002, por intermédio de seus administradores/diretores, presentantes, à época, Oscar Vicente Simões de Oliveira, Luis Fernando Brito Baptistella, Luis Antonio Corrêa Nunes Viana de Oliveira, Marco Aurélio dos Anjos Ferreira e Leonardo Porciúncula Gomes Ferreira (fl.98), teria cometido crime contra ordem tributária estadual, causando elevadíssima lesão ao erário estadual de **51.631.214,71 UFIR RJ**.

Segundo restou apurado, a sociedade **NET RIO S/A**, sujeito passivo da obrigação tributária, cujo principal objeto social é a prestação de serviço de comunicação na modalidade de televisão por assinatura, possuía, em virtude de atos normativos estaduais, benefício fiscal que fazia com que pagasse tributo ICMS com redução de base de cálculo do referido imposto, no caso de 10%, sendo certo que o valor total, sem o benefício, era de 25%, o que lhe conferia considerável vantagem econômico-financeira.

No entanto, dentre vários requisitos normativos para obter e permanecer

usufruindo do referido benefício fiscal (10%), a referida sociedade anônima não poderia ficar inadimplente com o pagamento da obrigação tributária principal junto ao Fisco, do contrário, a base de cálculo passaria a ser de 25 %, deixando de gozar do benefício fiscal.

Certo é que a sociedade NET Rio S/A acabou por ficar inadimplente com o Fisco fluminense, uma vez que, no mês de outubro de 2001, deixou de efetuar o pagamento do tributo ICMS relativo ao mês de setembro de 2001, descumprindo os requisitos autorizadores do benefício fiscal de redução de base de cálculo a partir do mês de novembro de 2001.

Ainda assim, a referida pessoa jurídica-contribuinte continuou, **por sua conta e risco**, a efetuar o pagamento do ICMS, valendo-se da redução da base de cálculo, como se ainda tivesse gozando do referido benefício fiscal, o que não condizia com sua realidade jurídica, pois, ao deixar de atender aos requisitos normativos, deixou de gozar do benefício fiscal e, por conseguinte, teria que efetuar o pagamento do ICMS sob a base de cálculo de 25% e não 15 % a menos.

Em razão de sua conduta, o Fisco estadual lavrou o **auto de infração nº03.007333-2**, instaurando o processo administrativo tributário nº E-085241/2002, impondo o pagamento de **51.631.214,71 UFIR RJ, a título de imposto e multa devidos**.

A referida sociedade anônima procurou impugnar a autuação na **via administrativa**, sendo que a Junta de Revisão Fiscal e o Conselho de Contribuintes indeferiram o pleito e mantiveram o auto de infração, face à legalidade e legitimidade.

Não satisfeita, a pessoa jurídica NET RIO S/A também ajuizou mandado de segurança na Justiça fluminense, visando impugnar o auto de infração, sendo que o Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, admitindo que a sociedade pudesse recolher o tributo com base no benefício fiscal (alíquota reduzida), **salvo** nos meses de novembro e dezembro de 2001 e janeiro de 2002.

No entanto, em segundo grau de jurisdição, a 3ª Câmara Cível do TJ fluminense acabou reformando a decisão de primeiro grau e **denegou por completo** o pedido mandamental.

Em virtude do insucesso impugnatório na via administrativa e na via judicial por parte da sociedade NET RIO S/A e consequente exaurimento das mesmas, a Procuradoria do Estado finalmente ajuizou ação de execução fiscal junto à 11ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Capital fluminense, instaurando o processo nº 2008/001-365.528-5, a fim de cobrar o valor devido e atenuar a lesão ao erário estadual.

No entanto, nos autos consta informado pelos advogados da sociedade NET RIO S/A que, nos autos do processo de execução fiscal, foi apresentado "**seguro-garantia judicial**" no valor de **R\$ 231.953.258,29 (duzentos e trinta e um milhões, novecentos e cinquenta e três mil, duzentos e cinquenta e oito reais e vinte e**

nove centavos) pelo Banco Fator Seguradora, conforme fotocópias não atenticadas dos documentos acostados no 3º volume.

Certo é que não consta nos autos informação de que a sociedade NET RIO S/A efetuou o **pagamento integral**, ou seja, a extinção da obrigação tributária, conseqüentemente, não houve ainda a extinção da punibilidade dos diretores suso referidos, não impedindo o oferecimento de denúncia.

Também é certo que **caução/seguro-garantia não se confunde** com pagamento, sendo certo que aquele, por si só, não extingue a punibilidade ou impede o exercício do direito de ação penal.

Não há dúvidas de que **o oferecimento de garantia em embargos à execução fiscal, ainda que potencialmente capaz de saldar, ao final daquele feito, o débito fiscal questionado, não é causa extintiva de punibilidade penal prevista como tal em nosso ordenamento**, não se podendo admitir, por razões óbvias, sua equiparação à quitação íntegra do débito a que se refere o art. 9.º, §2.º, da Lei n.º 10.684/2003.

Ora, a sociedade NET RIO S/A, através do Banco Fator Seguradora ofereceu seguro-garantia, o que demonstra que há **potencialidade** de ser quitado o débito tributário, mas não há certeza absoluta de que haverá **real/efetivo** pagamento, até porque a própria Seguradora pode, no futuro próximo, vir a ter a falência decretada, uma vez que o artigo 2º inciso II, da Lei nº 11.101/2005, quando exclui alguns entes empresariais da falência, o faz de forma relativa e não absoluta, sendo certo que falência não configura caso fortuito ou força maior, mas evento previsível.

Na esteira deste raciocínio, não se pode considerar o oferecimento de seguro-garantia no processo de execução fiscal como obstáculo à responsabilização penal dos diretores suso referidos, não tendo havido pagamento ou extinção da punibilidade.

A respeito, cumpre trazer à colação a melhor e mais precisa orientação jurisprudencial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma HC 235164 / SP Data 19/11/2012

Ementa:

**DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI N.º 8.137/90. DENÚNCIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS DA AÇÃO PENAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO OFERECIMENTO DE FIANÇA BANCÁRIA. MEDIDA QUE NÃO EQUIVALE AO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO 1. O trancamento da ação penal**

pela via do habeas corpus é medida de exceção, somente admitida quando resulte evidente dos autos a atipicidade da conduta imputada ao acusado, a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade a embasarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias que, in casu, não se vislumbram. 2. O habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta de justa causa não revelada primo oculi, não se coadunando a estreita via do remédio heróico com a necessidade de aprofundada incursão no conjunto fático da demanda. 3. O oferecimento de garantia em embargos à execução fiscal, ainda que potencialmente capaz de saldar, ao final daquele feito, o débito fiscal questionado, não é causa extintiva de punibilidade penal prevista como tal em nosso ordenamento, sendo descabida, por razões óbvias, sua equiparação à quitação integral do débito a que se refere o art. 9.º, §2.º, da Lei n.º 10.684/2003. 4. Ordem denegada.

## Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura denegando a ordem, e o voto do Sr. Ministro Og Fernandes no mesmo sentido, por maioria, denegar a ordem de habeas corpus, vencido o Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Votaram com a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Portanto, pode-se afirmar que não é caso de arquivamento do presente procedimento investigatório, pois diante do que consta dos autos, há flagrante justa causa para o oferecimento de denúncia, mas, ao mesmo tempo, levando-se em consideração a magnitude da lesão, o bem jurídico tutelado e como se trata de crime contra a ordem tributária estadual, já tendo a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro ajuizado ação de execução fiscal, ou seja, está em fase de cobrança, deve-se ter mais cautela, dada a peculiaridade e complexidade dos crimes contra a ordem tributária, sendo certo que documentos importantes constam nos autos em fotocópias sem qualquer autenticação, tendo sido trazidos aos autos pelos próprios interessados.

Portanto, por ora, deixa o Parquet de oferecer a denúncia.

Por todo o exposto, determino à laboriosa secretaria desta COESF as seguintes providências:

1- A expedição de ofício ao **r. Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Capital**, solicitando-lhe com brevidade:

- 1.1- informações sobre o **andamento e resultado** do processo de execução fiscal nº2008/001-365.528-5, em que figura como ré NET RIO S/A;
- 1.2- informações sobre se ocorreu o efetivo pagamento da obrigação tributária;
- 1.3- fotocópias autenticadas do seguro-garantia;
- 1.4- fotocópias da petição inicial, dos embargos à execução e de todas as decisões judiciais proferidas nos respectivos autos;

2- Expedir ofício à **Secretaria de Estado Fazenda Fluminense**, requisitando-lhe informações sobre a contribuinte NET RIO S/A, mais precisamente se após a lavratura do auto de infração nº 03.007333-2 foram lavrados outros autos de infração em seu desfavor, bem como qual situação jurídica tributária desta pessoa jurídica, inclusive se tem pago o tributo ICMS sob a base de cálculo real;

3- Obter junto à CSI às FAC's dos diretores suso referidos;

Após 60 dias, retornem.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 2013

**Cláudio Calo Sousa**  
**Promotor de Justiça**  
**Assessor da COESF em regime de acumulação**