

30/06/2017

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.031.806 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S)	: BRUNO OLIVEIRA GREGOLIN
ADV.(A/S)	: OSVALDO SIMOES JUNIOR
AGDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: JOAO ANTONIO LOPES DE SOUSA
ADV.(A/S)	: VALDEMIR JOSE HENRIQUE

EMENTA

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. RE contra acórdão do STJ. Análise da questão constitucional decidida em segundo grau. Inviabilidade do recurso. Precedentes. Crimes contra a ordem tributária. Consumação do delito com a constituição definitiva do crédito tributário (Súmula Vinculante nº 24/STF), que é o termo a quo para a contagem do prazo prescricional. Precedentes. Regimental não provido.

1. As questões suscitadas no recurso extraordinário encontram-se preclusas, haja vista que a jurisprudência da Corte é assente no sentido de ser incabível recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no qual se suscite questão resolvida na decisão de segundo grau.

2. Ainda que assim não fosse, segundo o entendimento da Corte, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 1º/7/05). Esse entendimento encontra-se cristalizado no enunciado Súmula Vinculante nº 24 da Corte.

ARE 1031806 AGR / SP

3. É ilógico permitir que a prescrição seguisse seu curso normal no período de duração do processo administrativo necessário à consolidação do crédito tributário. Se assim fosse, o recurso administrativo, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo do que a sua real finalidade, que é, segundo o Ministro **Sepúlveda Pertence**, propiciar a qualquer cidadão questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório de determinado tributo (HC nº 81.611/DF, Tribunal Pleno, DJ de 13/5/05).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 23 a 29/6/2017, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de junho de 2017.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

30/06/2017

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.031.806 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S)	: BRUNO OLIVEIRA GREGOLIN
ADV.(A/S)	: OSVALDO SIMOES JUNIOR
AGDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: JOAO ANTONIO LOPES DE SOUSA
ADV.(A/S)	: VALDEMIR JOSE HENRIQUE

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Bruno Oliveira Gregolin interrpõe tempestivo agravo regimental contra decisão mediante a qual neguei seguimento ao recurso com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Bruno Oliveira Gregolin interpõe agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao art. 5º, incisos II, XL, XLV e XXXIX, da Constituição Federal.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, E IV, DA LEI 8.137/1990. CRIME MATERIAL. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. CONSUMAÇÃO.

ARE 1031806 AGR / SP

CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DIVERGÊNCIA. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA. AUTORIA. DOLO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AFASTADA. SÚMULA 7/STJ.

1. Não se pode conhecer de recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional quando a parte recorrente não realiza o necessário cotejo analítico entre arestos em confronto, a fim de ficarem demonstradas a similitude fática e a adoção de teses divergentes, sendo insuficiente a mera transcrição de ementa.

2. Ademais, acórdãos proferidos em sede de *habeas corpus*, recurso ordinário em *habeas corpus*, recurso ordinário em mandado de segurança e/ou conflito de competência são fontes inadequadas para demonstração de divergência jurisprudencial, não servindo, pois, como paradigmas. Precedente. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o crime de sonegação fiscal é crime material, exigindo para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano ao Erário. Sujeitam-se, pois, ao enunciado 24 da Súmula Vinculante do Pretório Excelso (Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo).

4. Nesse sentido, mostra-se sem juridicidade a tese de que o curso da prescrição penal inicia-se a partir do fato gerador ou da ação/omissão capaz de resultar em redução ou supressão de tributo, uma vez que, não há se falar em consumação delitiva, exigida pelo art. 111, I, do CP, enquanto não exaurido o processo administrativo para constituição do crédito tributário. Precedentes.

5. A condenação do agravante pela prática do crime de sonegação fiscal, sob regime de continuidade delitiva,

ARE 1031806 AGR / SP

está amparada na análise das provas dos autos. Rediscutir as conclusões firmadas pelo Tribunal *a quo*, em especial no tocante à autoria do fato e à comprovação do elemento subjetivo do tipo, exigiria o reexame de matéria probatória, o que, em sede de recurso especial, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

6. Não se constata, no caso, hipótese de responsabilidade penal objetiva, haja vista que, pelos motivos do acórdão recorrido, as provas dos autos evidenciam que o agravante, enquanto gestor da pessoa jurídica cujo quadro social integrava, praticou atos direcionados à supressão do tributo, por meio de adulteração de notas fiscais, conforme exposto no auto de infração e imposição de multa.

7. Agravo regimental desprovido'. (fl. 895/896 e-STJ).

Examinados os autos, decido.

O inconformismo não merece ser acolhido, haja vista que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não se admite recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no qual se suscita suposta violação de questão constitucional resolvida na decisão de segundo grau. Nesse sentido, anote-se:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. NÃO-INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO MOMENTO PRÓPRIO. ACÓRDÃO DO STJ. PRECLUSÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. 2. O STF fixou jurisprudência no sentido de que, no atual sistema constitucional, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que, da decisão do STJ no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver

ARE 1031806 AGR / SP

sido resolvida pela instância ordinária. Precedentes. 3. A questão constitucional que serviu de fundamento ao acórdão do Tribunal de segundo grau deve ser atacada no momento próprio, sob pena de preclusão. Agravo regimental a que se nega provimento' (RE nº 518.257/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 19/12/07 grifei);

'Agravo regimental no agravo de instrumento. Ausência de RE interposto concomitantemente ao recurso especial. Preclusão.

1. Não se admite recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no qual se suscita questão constitucional resolvida na decisão de 2º grau.

2. Agravo regimental desprovido' (AI nº 666.003/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Menezes Direito**, DJ de 19/12/07);

'Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa.

1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo do recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária.

2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a

ARE 1031806 AGR / SP

inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa' (AI nº 145.589/RJ-AgR, Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 24/6/94) (Grifo nosso).

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao recurso especial, manteve incólume o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contra o qual não foi interposto recurso extraordinário, acarretando, portanto, a preclusão da discussão.

Todavia, saliento que a prescrição em direito penal é matéria de ordem pública e, por isso, pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo (CPP, art. 61), independentemente, inclusive, de prequestionamento.

Diante desse panorama, não é possível repelir o exame da questão.

Na hipótese vertente, as decisões emanadas pelas Cortes de origem encontram-se em perfeita consonância com a remansosa jurisprudência da Corte, preconizado no sentido de que *a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição* (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 1º/7/05).

No mesmo sentido destaco:

'HABEAS CORPUS. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE MEDIDA LIMINAR. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 691/STF. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido do não-conhecimento de habeas corpus sucessivamente impetrado antes do julgamento de mérito nas instâncias

ARE 1031806 AGR / SP

anteriores (cf. HC 79.776, da relatoria do ministro Moreira Alves; HC 76.347-QO, da relatoria do ministro Moreira Alves; HC 79.238, da relatoria do ministro Moreira Alves; HC 79.748, da relatoria do ministro Celso de Mello; e HC 79.775, da relatoria do ministro Maurício Corrêa). Jurisprudência, essa, que deu origem à Súmula 691, segundo a qual não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. 2. Tal entendimento sumular comporta relativização, é certo, quando de logo avulta que o cerceio à liberdade de locomoção do paciente decorre de ilegalidade ou de abuso de poder (inciso LXVIII do art. 5º da CF/88). O que não é o caso dos autos. Caso em que o se pretende é a revisão da pena fixada na sentença penal condenatória para o imediato reconhecimento da prescrição da pretensão estatal punitiva. 3. Acresce que o exame da pena, nesta via processualmente contida do habeas corpus, fica circunscrito à motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão (v.g., HC 69.419, Pertence, RTJ 143/600). E o fato é que, ao contrário do alegado, o acréscimo à pena-pena não decorre, apenas, dos antecedentes do paciente, pois a sentença, expressamente, consigna a personalidade (estilo de vida, entenda-se) do agente como fator desfavorável. 4. Mais: considerada a constituição definitiva do débito tributário como elemento típico do delito, não é possível aderir, automaticamente, à proposição defensiva da extinção da punibilidade pela prescrição. É que, até o momento da consumação delitativa, sequer é de se cogitar da contagem do prazo prescricional, nos termos do inciso I do art. 111 do Código Penal. 5. Agravo desprovido' (HC nº 105.115/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 11/2/11);

ARE 1031806 AGR / SP

'PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Lei 8.137/90, art. 1º. LANÇAMENTO FISCAL: CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL. I. - Falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137, de 1990, enquanto não constituído, em definitivo, o crédito fiscal pelo lançamento. É dizer, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição. HC 81.611/DF, Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 10.12.2003. II. - No caso, o crédito fiscal já está constituído, por isso que não cabe mais nenhum recurso da decisão do Tribunal Fiscal Administrativo: Lei gaúcha 6.537, de 1973, art. 63. III. - HC indeferido' (HC nº 85.207/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 29/4/05);

'I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para

ARE 1031806 AGR / SP

questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo' (HC nº 81.611/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 13/5/05 grifei).

Em verdade, a pretensão do recorrente é a de afastar o consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal para fazer prevalecer a consumação da prescrição na espécie, que, aliás, à luz do entendimento **suso** mencionado não se efetivou, pois, entre os marcos interruptivos (CP, art. 117) verificados não transcorreu prazo superior a (4) anos, lapso temporal necessário à sua consumação (CP, art. 109, inciso V), considerando a pena concretamente aplicada.

Conforme se infere da fundamentação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mantida na ocasião da análise do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ora impugnado:

'A primeira diz respeito à eventual prescrição. Assiste razão em parte a defesa apenas no que diz respeito à utilização das penas aplicadas para cada um dos crimes como referência para aplicação do art. 109 do CP e não em relação ao seu total (soma do percentual relativo à continuidade delitiva). No entanto, o marco inicial é a constituição definitiva do crédito tributário e não o da prática dos atos de supressão de tributo, como pretende o defensor. Nesse sentido é a Súmula Vinculante nº 24, estabelecendo que não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incs. I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Conforme se verifica na decisão definitiva do Tribunal de Impostos de Taxas do Estado de São Paulo, esse fato deu-

ARE 1031806 AGR / SP

se aos 19 de novembro de 2008, sendo o débito encaminhado para inscrição na dívida ativa, conforme informação da Secretaria da Fazenda juntada aos autos, fls. 44. Em sendo assim, não houve o transcurso de tempo necessário, 4 anos, entre os marcos interruptivos, recebimento da denúncia em 25 de março de 2011, fls. 78, e publicação da sentença condenatória, 14 de janeiro de 2014, fls. 386' (fls. 860/861).

Ante o exposto, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, **nego seguimento ao recurso.**"

Nas razões do regimental, aduz o agravante que

"[o] E. STJ enfrentou a questão e, ainda que tenha mantido a decisão de segundo grau, acabou por violar as disposições contidas no art. 5º da CF relacionadas no recurso extraordinário, justamente porque inadmissível a retroação, além do que a insurgência acerca da responsabilidade penal objetiva somente foi debatida naquele Tribunal, não se podendo falar, pois, em preclusão".

Assevera, ainda, que,

"ainda que fosse possível a aplicação da mencionada Súmula Vinculante ao caso vertente (e não é), se considerado que o procedimento administrativo **suspende** e não **interrompe** o prazo prescricional, temos que em **22.09.08** (lavratura do auto de infração) teria interrompido o lapso, voltando a correr novamente com o trânsito em julgado que se deu em **19.11.08** (ocasião em que já poderia ter sido intentada a ação penal) e não na data do recebimento da denúncia em 25.03.11.

Seguindo o raciocínio acima e aplicando simples operação aritmética, temos que: o último fato se deu em **31/12/04**; o auto de infração foi lavrado em **22.09.08**; de **23.09.08** até o trânsito em julgado do procedimento administrativo que se deu em

ARE 1031806 AGR / SP

19.11.08, a prescrição estaria suspensa; de 20.11.08 até o recebimento da denúncia voltou a correr novamente a prescrição até 24.03.11, pois a denúncia foi recebida em 25.03.11, transcorreram até esta data, aproximadamente 7 anos, de maneira que a prescrição retroativa tem perfeita aplicação ao caso vertente, independentemente da aplicação da Súmula ou não”.

Intimado, nos termos do art. 1.021, § 2º, do Código de Processo Civil, o agravado manifestou-se pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

30/06/2017

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.031.806 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O inconformismo não merece prosperar.

Inicialmente, reitero que as matérias suscitadas no presente recurso extraordinário, ligadas ao mérito da ação penal, restaram preclusas, haja vista que foram resolvidas na decisão de segundo grau, contra a qual não foi interposto recurso extraordinário, sendo certo, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao recurso especial, manteve incólume o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de não se admitir recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no qual se suscite questão debatida na decisão de segundo grau. Sobre o tema, anote-se:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. COISA JULGADA. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL SURGIDA NO DECISUM DO TRIBUNAL LOCAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008. 1. O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, somente legitima o uso do apelo extremo se versar questão constitucional diversa daquela debatida na anterior instância o que não se observa na presente hipótese. Precedentes. 2. Agravo regimental conhecido e não provido” (RE nº 626.271/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 15/6/15);

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo e Processual Civil. Ofensa à

ARE 1031806 AGR / SP

coisa julgada. 3. Matéria surgida nas instâncias ordinárias. Falta de interposição de recurso extraordinário concomitantemente ao especial. Preclusão da questão constitucional. 4. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE nº 767.568/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 19/11/14);

“ACÓRDÃO EMANADO DE TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU E QUE POSSUI DUPLO FUNDAMENTO (CONSTITUCIONAL E LEGAL): IMPRESCINDIBILIDADE, EM TAL CASO, DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL (STJ) E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (STF) - RECURSO IMPROVIDO. - Se o acórdão emanado de Tribunal de segundo grau assentar-se em duplo fundamento (constitucional e legal), impõe-se, à parte interessada, o dever de interpor tanto o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça quanto o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, sob pena de, na ausência do apelo extremo, a parte recorrente sofrer, por força de sua própria omissão, os efeitos jurídico-processuais da preclusão pertinente à motivação de ordem constitucional. Se tal ocorrer, a existência de fundamento constitucional inatacado revelar-se-á bastante, só por si, para manter, em face de seu caráter autônomo e subordinante, a decisão proferida por Tribunal de segunda instância. - O acórdão do Superior Tribunal de Justiça somente legitimará o uso da via recursal extraordinária, se, nele, se desenhar, originariamente, a questão de direito constitucional. Surgindo esta, contudo, em sede jurisdicional inferior, a impugnação, por meio do recurso extraordinário, deverá ter por objeto a decisão emanada do Tribunal de segundo grau, pois terá sido este, e não o Superior Tribunal de Justiça, o órgão judiciário responsável pela resolução incidental tunc da controvérsia de constitucionalidade. Precedentes” (RE nº 409.973/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 26/3/10);

ARE 1031806 AGR / SP

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PRECLUSÃO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ART. 512 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AUSÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da preclusão das questões constitucionais surgidas na decisão de segundo grau que não foram objeto de recurso extraordinário. Assim, somente é possível a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Superior Tribunal de Justiça quando o tema em questão for novo, surgido na instância superior” (AI nº 742.251/RS-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 14/8/09).

Não bastasse isso, esta Suprema Corte já assentou ser necessário o lançamento definitivo do tributo para a tipificação do crime, iniciando-se a partir daí a contagem da prescrição (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 1/7/05).

Nessa linha, enuncia a Súmula Vinculante nº 24/STF que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Corroborando esse entendimento, vale destacar os seguintes julgados:

“Agravos regimentais em recursos extraordinários com agravo. 2. Penal e Processual Penal. Sonegação de contribuição previdenciária. Continuidade delitiva. Condenação. 3. Ausência de repercussão geral (Tema 660). 4. Prescrição retroativa. 4.1. A tese ventilada no extraordinário não foi discutida no acórdão

ARE 1031806 AGR / SP

contestado. Incidência das súmulas 282 e 356. 4.2. Inocorrência de aplicação regressiva in malam partem da Súmula Vinculante 24. Consolidação da jurisprudência do STF que, há muito, tem entendido que a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição (HC n. 85.051/MG, rel. min. Carlos Velloso). 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE nº 897.714/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 9/9/15);

“PROCESSO PENAL E PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO DE NATUREZA MATERIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI 8.137/90. IMPOSSIBILIDADE DE PROCEDER-SE A QUALQUER ATO DE CUNHO PERSECUTÓRIO PENAL ANTES DA FORMAÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INTELIGÊNCIA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1.571, REL. MIN. GILMAR MENDES. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. ENTENDIMENTO JÁ VIGENTE À ÉPOCA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. E HOJE CONSOLIDADO NA SÚMULA VINCULANTE 24. ORDEM CONCEDIDA. I - Os delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são de natureza material, exigindo, para a sua tipificação, a constituição definitiva do crédito tributário para o desencadeamento da ação penal. II - Carece de justa causa qualquer ato investigatório ou persecutório judicial antes do pronunciamento definitivo da administração fazendária no tocante ao débito fiscal de responsabilidade do contribuinte. III - O entendimento fixado na ADI 1.571 reafirmou a jurisprudência do STF no sentido de que a constituição definitiva do crédito tributário configura condição necessária para o início da persecutio criminis, sendo equivocada a interpretação do julgado em questão pelo primeiro e segundo graus de jurisdição. IV - Entendimento já pacificado por ocasião do recebimento da denúncia e, hoje, consolidado na Súmula Vinculante 24. V - Ordem concedida”

ARE 1031806 AGR / SP

(HC nº 97.118/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 3/4/10).

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Lei 8.137/90, art. 1º. LANÇAMENTO FISCAL: CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL. I. - Falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137, de 1990, enquanto não constituído, em definitivo, o crédito fiscal pelo lançamento. É dizer, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição. HC 81.611/DF, Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 10.12.2003. II. - No caso, o crédito fiscal já está constituído, por isso que não cabe mais nenhum recurso da decisão do Tribunal Fiscal Administrativo: Lei gaúcha 6.537, de 1973, art. 63. III. - HC indeferido” (HC nº 85.207/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 29/4/05).

Conforme já tive a oportunidade de consignar (RHC nº 122.774/RJ, Primeira Turma, DJe 11/6/15), não haveria lógica alguma em permitir que a prescrição seguisse seu curso normal no período de duração do processo administrativo necessário à consolidação do crédito tributário. Se assim fosse, o recurso administrativo, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo do que a sua real finalidade, que é, segundo o Ministro **Sepúlveda Pertence**, propiciar a qualquer cidadão questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório de determinado tributo (HC nº 81.611/DF, Tribunal Pleno, DJ de 13/5/05).

Em verdade, a pretensão do recorrente é a de afastar o consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e fazer prevalecer a consumação da prescrição na espécie, que, aliás, à luz do entendimento **suso** mencionado, não se efetivou.

Outro não foi o entendimento do Ministério Público Federal. Transcrevo do parecer:

ARE 1031806 AGR / SP

“No caso, de acordo com as informações extraídas dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário atribuído ao agravante ocorreu em 19/11/2008, a denúncia foi recebida em 25/3/2011 e a sentença foi publicada em 14/1/2014, sem que tenha transcorrido o prazo prescricional de 8 anos (art. 109, IV, do CPB) entre os marcos interruptivos.”

Diante desse quadro, tendo em vista serem os fundamentos do agravante insuficientes para modificar a decisão ora agravada, **nego provimento** ao regimental.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.031.806

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : BRUNO OLIVEIRA GREGOLIN

ADV.(A/S) : OSVALDO SIMOES JUNIOR (72004/SP)

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : JOAO ANTONIO LOPES DE SOUSA

ADV.(A/S) : VALDEMIR JOSE HENRIQUE (1681/RJ, 71237/SP)

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, Sessão Virtual de 23 a 29.6.2017.

Composição: Ministros Edson Fachin (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Disponibilizou processos para esta sessão o Ministro Alexandre de Moraes, não tendo participado do julgamento desses processos o Ministro Edson Fachin por suceder, na Segunda Turma, o Ministro Teori Zavascki.

p/ Ravena Siqueira
Secretária