

05/12/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REDATOR DO	: MIN. LUIZ FUX
ACÓRDÃO	
EMBTE.(S)	:JOSÉ FUSCALDI CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: CLEVER FERREIRA COIMBRA
ADV.(A/S)	: RICARDO DE OLIVEIRA
EMBTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RÉU(É)(S)	: EDNA MÁRCIA CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA
ADV.(A/S)	: CÉSAR PERES

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). RÉU CONDENADO À PENA-BASE DE 3 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, QUE, NA AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES E AUMENTADA DE 1/6 (UM SEXTO) ANTE A CONTINUIDADE DELITIVA, FOI TORNADA DEFINITIVA EM 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES, E 30 DIAS-MULTA. PENA QUE, SOMADA, DEVIDO AO CONCURSO MATERIAL, TOTALIZOU 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESSENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS NO VALOR UNITÁRIO DE ½ (UM MEIO) SALÁRIO MÍNIMO, VIGENTE EM AGOSTO DE 2002 (TÉRMINO DA CONTINUIDADE DELITIVA), ATUALIZADOS MONETARIAMENTE DESDE ENTÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM FACE DO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO FISCAL E OCORRÊNCIA

AP 516 ED / DF**DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, SUPERVENIENTES À SESSÃO DE JULGAMENTO E ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EMBARGOS PROVIDOS.**

1 - Os embargos de declaração não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas lhe servem ao aprimoramento, devendo o órgão apreciá-los com espírito de compreensão, por consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal, havendo, inclusive, corrente jurisprudencial que admite a extrapolação do âmbito normal da eficácia dos embargos quando, utilizados para sanar omissões, contradições, obscuridades ou equívocos manifestos, impliquem modificação do que restou decidido no julgamento embargado. Precedentes: AI (Ag-Edcl) 163.047, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 8.3.96; RE (Edcl) 207.928, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14.4.98.

1.1 Os efeitos infringentes ou modificativos dos embargos não encontram disposição expressa legal, mercê de os tribunais procederem à infringência com fundamento em excertos doutrinários e jurisprudenciais. Assim, contudo, não ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dado que o Regimento Interno desta Corte, editado em face da autorização constitucional então vigente (Constituição Federal de 1967), expressamente dispõe no artigo 338 que, *“se os embargos forem recebidos, a nova decisão se limitará a corrigir a inexatidão, ou a sanar a obscuridade, dúvida, omissão ou contradição, salvo se algum outro aspecto da causa tiver de ser apreciado como consequência necessária”*. Admite-se, por conseguinte, a interposição de declaratórios contra julgados desta Corte em face da disposição contida na legislação especial que rege os processos e os procedimentos no âmbito do Supremo, mormente no que respeita ao caráter integrativo, e, *a fortiori*, também embargos com efeitos modificativos, o que significa não ser possível tomar como definitiva a decisão proferida pelo Plenário do Supremo, se o acórdão não transitou em julgado.

2. **In casu**, algumas particularidades deste processo hão de ser

AP 516 ED / DF

destacadas:

a) na ata de julgamento juntada ao processo (folha 2181) não há qualquer referência à solução da controvérsia relacionada ao marco interruptivo da prescrição, se ocorrido quando da publicação do acórdão ou da data da sessão em que julgada a ação penal;

b) não há referência também à determinação de cumprimento imediato do acórdão condenatório;

c) Antes da publicação da ata e do referido acórdão, a defesa requereu a juntada dos comprovantes do pagamento do débito tributário e pugnou pela declaração da extinção da punibilidade, nos termos do artigo 9º da Lei nº 11.941/2009;

d) após este fato, houve a **publicação do acórdão, em 6 de dezembro de 2010**, no bojo do qual não há referência ao marco interruptivo da prescrição, que se afirmou ocorrido na assentada do julgamento;

e) foram interpostos os embargos de declaração, sustentando a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, bem assim em virtude do transcurso do lapso prescricional na modalidade retroativa, com fundamento no artigo 109, IV, combinado com o artigo 115 do Código Penal (70 anos de idade);

f) após a audiência do Procurador-Geral da República sobre os embargos, o relator determinou a realização de diligência junto a órgãos governamentais, visando obter informações a respeito do pagamento dos débitos pelo acusado, anexando-se ao processo a certidão pertinente e peça oriunda da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que prestou as informações a respeito da liquidação dos débitos;

g) na sequência, o relator, que expressamente declarou ter sido motivado pela oposição dos embargos declaratórios, teve a iniciativa de consultar a íntegra da gravação, em áudio e vídeo, da sessão de julgamento da ação penal, vindo a constatar a ausência, nos diálogos que compõem o inteiro teor do acórdão, de relevantes passagens do que discutido e deliberado pelo Plenário;

h) diligenciou-se junto à Secretaria Judiciária no sentido da degravação dos debates, acudindo ao processo a transcrição nos quais se

AP 516 ED / DF

verifica a solução da questão pertinente ao momento a ser considerado para ter a completude da idade de 70 anos, que não seria no dia da assentada, mas no dia seguinte à sua realização, bem assim a transcrição dos votos do relator e do revisor, nos quais está expresso “ser praxe” na Corte a interrupção da prescrição na data em que julgada pelo Plenário a ação penal originária (folha 2559).

i) cumpridas as referidas diligências, o relator determinou (folha 2563) a retificação da ata da sessão, para nela fazer constar a deliberação do Colegiado acerca do marco interruptivo e “*a posterior republicação do acórdão*”.

j) o processo julgado em **27 de setembro de 2010** somente teve o acórdão publicado, na sua completude e após retificações determinadas pelo relator, em **20 de setembro de 2011**;

k) o acusado reiterou os termos dos embargos declaratórios interpostos quando da primeira publicação. O Ministro Relator, que expressamente se disse “**motivado**” pelas razões dos declaratórios, procedeu a diversas diligências junto a órgãos governamentais, para certificar-se do efetivo pagamento do débito tributário;

l) em seguida, *motu proprio*, determinou a retificação da ata que fora anteriormente aprovada pelo Plenário e das peças que compuseram o aresto, determinando a **republicação do acórdão, tudo isso após terem sido protocolados e juntados ao processo os embargos declaratórios. Admito os embargos, que, assim, não são protelatórios.**

3. *In casu*, são as seguintes as questões jurídicas submetidas à apreciação desta Corte: **a)** a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, ocorrido após o julgamento, mas antes da publicação e da republicação do acórdão condenatório; **b)** e a extinção da punibilidade pelo transcurso do prazo da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, considerando-se, inclusive, a idade de 70 (setenta) anos, que o acusado completou no dia seguinte à sessão de julgamento.

3.1 A extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário encontra respaldo na regra prevista no artigo 69 da Lei nº 11.941/2009,

AP 516 ED / DF

que não disciplina qualquer limite ou restrição em desfavor do agente, merecendo, no ponto, recordar a locução do Ministro Sepúlveda Pertence no Habeas Corpus nº 81.929/RJ, julgado em 16 de dezembro de 2003: “a nova lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos crimes contra a ordem tributário é apenas uma forma reforçada de execução fiscal”.

3.2 O artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal, dispõe que **“em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício”**, razão pela qual no julgamento do Habeas Corpus nº 85.661/DF, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 19.12.2007, embora se referindo a suspensão de processos criminais em virtude de parcelamento, que a legislação do Refis (Lei nº 10.684/2003) assentou-se que *“aplica-se aos processos criminais pendentes, ou seja, ainda que não se tenha decisão condenatória, desde que não coberta pela preclusão na via recursal”*.

4. Pedido de extinção da punibilidade em virtude do pagamento do débito tributário acolhido.

5. A extinção da punibilidade pela prescrição, tendo em conta o benefício decorrente da senilidade (70 anos) - idade completada no dia seguinte à sessão de julgamento, mas antes da publicação e da republicação do acórdão condenatório -, encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que preconiza deva ser considerado o benefício, ainda na pendência de embargos: Habeas Corpus nº 89.969-2/RJ, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 05.10.2007.

6. A aplicação do artigo 115 do Código Penal reclama interpretação teleológica e técnica interpretativa segundo a qual não se pode tomar regra que visa a favorecer o cidadão de modo a prejudicá-lo, restringindo a extensão nela revelada. Há de tomar-se a **idade do acusado, não na data do pronunciamento do Juízo, mas naquela em que o título executivo penal condenatório se torne imutável na via do recurso** (Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Inquérito nº 2.584/SP, relator o Ministro Ayres Britto, sessão de 16 de junho de 2011).

6.1 *In casu*, o curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (CP, artigo 117, inciso IV). E, no caso *sub examine*, o acórdão condenatório foi republicado, sendo

AP 516 ED / DF

certo que, em razão dos embargos declaratórios ora em julgamento, procedeu-se à retificação substancial na ata de julgamento e na composição de votos, restando republicado o acórdão em 20 de setembro de 2011.

7. A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, no caso *sub judice*, impõe considerar que ao acusado foi aplicada a pena de três anos e seis meses, para cada um dos crimes (concurso material) e a continuidade delitiva, cuja soma resulta 7 anos de reclusão; o prazo prescricional para cada um dos crimes é de 08 (oito) anos, nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal, que é reduzido à metade (4 anos) em virtude da aplicação do disposto no artigo 115 do referido código. O último fato delituoso ocorreu em 2002 e o recebimento da denúncia – primeiro marco interruptivo da prescrição (CP, artigo 117, I) – ocorreu se deu 19 de fevereiro de 2009, aproximadamente 07 (sete) anos após a prática do último fato delituoso. Proferido o julgamento, somente a defesa apresentou recurso – embargos de declaração -, razão pela qual se tem a aplicação artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal – prescrição retroativa, **não incidindo a Lei nº 12.234/2010**, que afastou a possibilidade da contagem do prazo de prescrição ser tomada em razão de fatos anteriores ao recebimento da denúncia ou da queixa, pois os fatos imputados ao acusado/embargante são anteriores à sua vigência e, sendo preceito legal mais gravoso, não pode retroagir em prejuízo a direito do réu. Portanto, entre a data do último fato delituoso e o recebimento da denúncia houve o transcurso de mais de 07 (sete) anos, o que suplanta, em muito o lapso temporal de 04 (quatro) anos de prescrição, contados em face da pena concretizada na decisão desta Corte, contra a qual não houve recurso da acusação.

8. Embargos de declaração acolhidos para declarar a extinção da punibilidade do embargante em virtude do pagamento do débito tributário (Lei nº 11.941/09, artigo 69), bem como para declarar extinta a punibilidade do acusado, em razão do transcurso do prazo da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, nos termos do artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

AP 516 ED / DF

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em acolher os embargos de declaração e declarar extinta a punibilidade do embargante, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos os Ministros Ayres Britto (Relator), Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia, que proferiu voto em assentada anterior, e Joaquim Barbosa (Presidente).

Brasília, 5 de dezembro de 2013.

Ministro **LUIZ FUX** – Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente

01/12/2011

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
EMBTE.(S)	: JOSÉ FUSCALDI CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: CLEVER FERREIRA COIMBRA
ADV.(A/S)	: RICARDO DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: CÉSAR PERES
EMBTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REU(É)(S)	: EDNA MÁRCIA CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, antes de iniciar a leitura do relatório, dou conhecimento ao Colegiado da existência de pedido de sustentação oral, formulado pelo embargante. Pedido que desde já indefiro, tendo em conta o disposto no § 2º do art. 131 do Regimento Interno desta nossa Casa de Justiça. Dispositivo assim redigido: *“não haverá pedido de sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos de declaração, argüição de suspeição e medida cautelar”*.

2. Como sabido, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a norma regimental em questão *“não ofende o princípio do contraditório e nem vulnera o postulado da plenitude de defesa, proclamados pela Constituição da República em seu art. 5º, inciso LV”* (cf. ADI 705-AgR-QO/DF, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Celso de Mello, DJ 28/05/2003). (Cf. também nesse mesmo sentido: AI 388.888-AgR-ED/SP, Segunda Turma, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, DJ 18/04/2011; AI 457.404-AgR-ED/MG, Segunda Turma, da relatoria do ministro Carlos Velloso, DJ 20/02/2004.)

Superado esse ponto preliminar, passo, então, a relatar o caso.

01/12/2011

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
EMBTE.(S)	: JOSÉ FUSCALDI CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: CLEVER FERREIRA COIMBRA
ADV.(A/S)	: RICARDO DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: CÉSAR PERES
EMBTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REU(É)(S)	: EDNA MÁRCIA CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)

Trata-se de embargos de declaração, opostos pelo condenado José Fuscaldi Cesílio, contra acórdão proferido pelo Plenário desta Casa de Justiça. Acórdão assim ementado:

“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DETENTOR DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA.

AP 516 ED / DF

EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DA CO-RÉ. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PENA DE 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, TOTALIZANDO 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESSENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS EM ½ (UM MEIO) SALÁRIO MÍNIMO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. *SURSIS*. DESCABIMENTO.

1. O acusado, detentor do foro por prerrogativa de função, na condição de sócio-gerente da empresa Curtume Progresso Indústria e Comércio Ltda., deixou de repassar ao INSS, no prazo legal, no período de janeiro de 1995 a agosto de 2002, valores arrecadados pela empresa a título de contribuições incidentes sobre a remuneração de empregados, relacionados em folha de pagamento mensal e rescisões de contrato de trabalho. Além disso, no período de maio de 1999 a agosto de 2002, omitiu fatos geradores de contribuições previdenciárias nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP referentes a remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais e à diferença de remuneração paga a segurados empregados. Valores consolidados em 14 de março de 2003, respectivamente, em R\$ 259.574,72 (duzentos e cinquenta e nove mil, quinhentos de setenta e quatro reais e setenta e dois centavos) e R\$ 618.587,06 (seiscentos e dezoito mil, quinhentos e oitenta e sete reais e seis centavos).

2. A materialidade delitiva ressaí do procedimento fiscal já encerrado, acompanhado de farta documentação, que resultou nos valores indevidamente apropriados e sonegados, detalhados nas notificações fiscais de lançamento de débito lavradas pela autoridade fazendária e não impugnadas na esfera administrativa.

AP 516 ED / DF

3. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (a intenção de ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária.

4. Não se presta para a suspensão da pretensão punitiva estatal, nos moldes do art. 9º da Lei 10.684/2003, a juntada de “*Recibo de Pedido de Parcelamento da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009*”, cuja primeira prestação não foi paga no prazo previsto no referido documento, porque não comprova a efetiva obtenção do parcelamento administrativo do débito fiscal.

5. A mera participação no quadro societário como sócio-gerente não pode significar a automática, ou mecânica, responsabilização criminal, porquanto não se pode presumir a responsabilidade criminal daquele que se acha no contrato social como sócio-gerente, devido apenas a essa condição, pois tal increpação mecânica ou linear acarretaria a aplicação de inadmissível figura de responsabilidade penal objetiva.

6. Os elementos probatórios confrontados com as diferentes versões externadas pela defesa no curso da persecução penal, bem como a juntada de alteração contratual com registro falso da junta comercial excluindo o acusado da sociedade permitem chegar à conclusão da responsabilidade penal deste. No procedimento fiscal, ganha destaque e corrobora inequivocamente a condição contratual de sócio-gerente do acusado o instrumento procuratório por ele outorgado, representando a empresa, em que concede poderes a mandatário para os atos relacionados à ação fiscal. Mandatário que efetivamente assinou todas as notificações fiscais de lançamento de débito e os atos com ela relacionados. A transmissão de poderes, típicos de administração societária,

AP 516 ED / DF

confere certeza do grau de envolvimento do acusado com a administração da empresa. De outra parte, a concessão de procuração pelo acusado a terceiro, com outorga de poderes de gerência da empresa, não conferiu exclusividade de poderes ao outorgado, preservando os poderes de gestão do acusado.

7. A prova testemunhal produzida durante a instrução criminal não infirma a condição do acusado de responsável pela administração da sociedade, se nenhuma das pessoas ouvidas mantinha contato direto ou tinha vínculo com a empresa. Se não mantiveram contato com o dia-a-dia da empresa, não há de se atribuir ao depoimento de empregados de pessoas jurídicas outras – ainda que de empresas de um mesmo grupo familiar – a força de afastar do acusado a condição de responsável pela administração da sua empresa.

8. No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade a precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não-recolhimento do tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo de razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Deve o julgador, também, sob outro aspecto, aferir o elemento subjetivo do comportamento, pois a boa-fé é requisito indispensável para que se confira conteúdo ético a tal comportamento.

9. Não é possível a aplicação da referida excludente de culpabilidade ao delito do art. 337-A do Código Penal, porque a supressão ou redução da contribuição social e quaisquer acessórios são implementadas por meio de condutas fraudulentas – incompatíveis com a boa-fé – instrumentais à evasão, descritas nos incisos do *caput* da norma incriminadora.

10. Hipótese em que o conjunto probatório não revela, em absoluto, a precária condição financeira da empresa. Nítida é a deficiência da prova de tal condição, não havendo nos autos um

AP 516 ED / DF

só documento que permita concluir por modo diverso. De mais a mais, a posterior autuação da empresa, referente ao período de setembro de 2002 a abril 2004, demonstra a plena continuidade dos seus negócios, de maneira a patentear que os elementos de convicção constantes dos autos caminham em sentido contrário à tese defensiva.

11. A continuidade delitiva se configura pela sucessão de crimes autônomos de idêntica espécie – praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução – e que se considera um só crime por *fictio iuris* (ficção de direito).

12. Não há nos autos prova ou evidência de que a co-ré detivesse poder de mando, ou houvesse exercido qualquer atividade na empresa. O que afasta, por completo, a sua responsabilidade penal pelos crimes cometidos.

13. Réu condenado à pena-base de 3 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, para cada delito, que, na ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes e aumentada de 1/6 (um sexto) ante a continuidade delitiva, foi tornada definitiva em 3 (três) anos e 6 (seis) meses e 30 (trinta) dias-multa. Pena que, somada, devido ao concurso material, totalizou 7 (sete) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, fixados no valor unitário de ½ (um meio) salário mínimo, vigente em agosto de 2002 (término da continuidade delitiva), atualizados monetariamente desde então. Fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, seguido do reconhecimento da impossibilidade de conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou da falta de direito ao *sursis* da pena.

14. Co-ré absolvida por insuficiência de provas, nos termos do inciso V do art. 386 do Código de Processo Penal.”

2. Muito bem. De acordo com o embargante, o acórdão combatido padece de omissão. Isso porque, segundo ele, *“deixou a decisão embargada de esclarecer a posição des[te] ínclito Tribunal sobre o pedido de extinção da punibilidade em face do pagamento integral do débito fiscal atribuído ao embargante, acompanhado de todos os consectários legais”* (fls. 2408).

AP 516 ED / DF

Pagamento que (é o que se alega) se deu em 1º/10/2010, antes mesmo da publicação do acórdão e, portanto, do próprio trânsito em julgado da condenação ainda pendente. Argumenta que a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito pode se dar a qualquer tempo, citando, para tanto, precedente (que entende respaldar esse entendimento) deste Tribunal (HC 81.929/RJ, Primeira Turma, da relatoria do ministro Cezar Peluso, DJ 27/02/2004). Baseia tal pedido no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003.

3. Não é só: sustenta o embargante a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado. O que faz com apoio no inciso IV do art. 109, combinado com o art. 115, ambos do Código Penal. Também alega que teria completado 70 (setenta) anos de idade (devido a que nasceu em 28/09/1940, às 16h) não apenas em data anterior à publicação do acórdão condenatório, assim como em momento anterior ao início da própria sessão de julgamento que o condenou (iniciada às 17h40 do dia 27/09/2010). Defende que, *“como é sabido, se contam os anos do dia 1º/01 até 31/12 – não até o dia 1º do ano seguinte”* e que *“exatamente por esta razão é que desta forma se contam os prazos prescricionais”* (fls. 2411). Daí concluir que, considerada a pena em concreto de 3 (três) anos de reclusão, para cada delito (sem o acréscimo da continuidade delitiva), mais de 4 (quatro) anos se passaram entre o último fato imputado (acontecido em agosto de 2002) e o recebimento da denúncia (recebida na Sessão de 19/02/2009). Prazo prescricional, esse, de 8 (oito) anos, que foi contado pela metade.

4. À derradeira, pugna pelo acolhimento dos embargos declaratórios, conferindo-lhes efeitos infringentes, *“de molde a que o Acórdão seja colmatado, aos fins de que sejam vistos os temas ventilados, bem como votar pelo decreto da extinção da punibilidade do embargante pelo pagamento integral do tributo, fulcro [sic] no art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03, e pela prescrição da pretensão punitiva retroativa, com fundamento no art. 109, IV, c/c 115 do CP”*. Também formula requerimento de sustentação oral, expondo que *“não se desconhece o fato de que o Regimento Interno do STF veda a sustentação oral no caso de embargos de declaração”*, mas que *“tal*

AP 516 ED / DF

negativa estaria ferindo o princípio constitucional da Ampla Defesa” (fls. 2415/2416).

5. Prossigo neste relato da causa para anotar que abri vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Procuradoria que opinou pela rejeição dos embargos, à falta dos respectivos pressupostos legais. Isso por conta de os fatos alegadamente omitidos pelo acórdão condenatório serem posteriores à data em que este foi proferido. Acrescenta que: a) *“ainda que se considere que o pagamento dos citados débitos acarreta a extinção da punibilidade em razão da presunção de constitucionalidade da Lei nº 11.941/2009 [com a qual não concorda – ADI 4.273/DF], não se pode admitir que tal causa extintiva incida a qualquer tempo, em especial, após o proferimento de decisão condenatória, ainda que anteriormente à sua publicação no órgão oficial, sob pena de subordinar-se a eficácia de tal decisão à vontade do réu”*; b) *“tampouco pode-se cogitar, como quer o embargante, da ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado”* (fls. 2431). Eis a ementa desse parecer ministerial público:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA DAS OMISSÕES ALEGADAS. PAGAMENTO DO DÉBITO PREVIDENCIÁRIO EM DATA POSTERIOR À REALIZAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONDENADO QUE COMPLETOU 70 (SETENTA) ANOS APÓS O PROFERIMENTO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. INAPLICABILIDADE DA REGRA DO ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL. PARECER PELA REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.”

6. Atento ao pedido de declaração da extinção da punibilidade pela quitação integral do débito fiscal, como medida acautelatória, solicitei informações detalhadas à Secretaria da Receita Federal. Secretaria que informou a *“liquidação por pagamento”* dos débitos tributários objeto do presente processo-crime (fls. 2532, 2541-2548).

7. Após constatar a ausência, nos diálogos que compunham o inteiro

AP 516 ED / DF

teor do acórdão, de relevantes passagens do que foi discutido e deliberado pelo Colegiado na sessão plenária de julgamento, inclusive quanto ao resultado de julgamento devidamente anunciado, determinei à Secretaria desta Corte que procedesse na forma do art. 96 do nosso Regimento Interno.

8. Prestadas as devidas informações pela Secretaria do Tribunal, e considerando estarem acompanhadas dos trechos inicialmente não transcritos da íntegra dos diálogos e debates encetados, determinei: a) retificação da ata da sessão para que passasse a constar, conforme o resultado da decisão colegiada, a deliberação de firmar como marco interruptivo da prescrição a data da sessão de julgamento em que proferido o julgado condenatório; b) posterior republicação do acórdão.

9. Republicado o acórdão condenatório, o embargante ratificou, tempestivamente, os termos dos embargos aclaratórios de que já houvera lançado mão. Ouvida a Procuradoria-Geral da República, esta reiterou o teor de todas as suas manifestações, ressaltando o caráter paradigmático do julgamento em questão.

É o relatório.

* * * * *

01/12/2011

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)**

Feito o relatório, passo ao voto. Ao fazê-lo, de logo pontuo o caráter manifestamente protelatório dos presentes embargos de declaração. Pela simples leitura das razões lançadas, nota-se que o objetivo do embargante é a rediscussão de questão já enfrentada e repelida por este Plenário. Questão alusiva ao fato de o recorrente não contar mais de 70 (setenta) anos de idade na precisa data da sessão de julgamento do processo-crime acusatório. O que motivou o afastamento da aplicação da causa de redução do prazo prescricional em função da senilidade a que se refere o art. 115 do Código Penal.

12. Noutro falar, a questão suscitada nos embargos aclaratórios não passou despercebida quando do julgamento da ação penal. Ao contrário, houve debate explícito sobre a tese defendida pelo embargante. Debate que foi provocado, importante remarcar, pela própria intervenção do advogado constituído em plena sessão de julgamento.

13. Com efeito, este nosso Plenário entendeu que não se operou a prescrição da pretensão punitiva (por não haver transcorrido o lapso de 8 (oito) anos entre a constituição definitiva do crédito tributário, em abril de 2003, e o recebimento da denúncia, em 19/02/2009), e firmou como marco interruptivo da prescrição a data da sessão de julgamento, conforme expressamente constou do resultado do *decisum*. Nesse sentido, transcrevo trechos elucidativos do voto por mim proferido e dos debates encetados na sessão plenária (de 27/09/2010), a saber:

“15. Também de saída, assento a não-ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pena em abstrato, conforme, aliás, decidimos no recebimento da denúncia (19 de fevereiro de 2009). Prescrição que, no caso, operaria em 12 (doze) anos, a teor do inciso III do art. 109 do Código Penal,

AP 516 ED / DF

sabido que a pena máxima cominada aos delitos imputados aos réus é de 5 (cinco) anos de reclusão para ambas as figuras delitivas. Figuras delitivas, a seu turno, referentes a fatos ocorridos no período de janeiro de 1995 a agosto de 2002, apurados em procedimento fiscal encerrado em abril de 2003, resultando em crédito tributário definitivamente constituído.”

“O SENHOR WESLEY DE PAULA (ADVOGADO) - Excelentíssimo Ministro Presidente, se me permite, pela ordem, eu gostaria só de fazer um aparte.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Um aparte infelizmente não é possível, a não ser que Vossa Excelência traga...

O SENHOR WESLEY DE PAULA (ADVOGADO) - **Para evitar possíveis embargos declaratórios.**

Eu vou ser sucinto. Só para esclarecer a prescrição ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Um esclarecimento da matéria fática, muito bem. Agora...

O SENHOR WESLEY DE PAULA (ADVOGADO) - Não, não. **É matéria de ordem pública: prescrição.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – **Sim, sim. Sua Excelência versou no voto a prescrição, afastando-a.**

O SENHOR WESLEY DE PAULA (ADVOGADO) - **Só para constar. O acusado faz 70 (setenta anos) anos de idade hoje.**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – **Amanhã.**

O SENHOR WESLEY DE PAULA (ADVOGADO) - **Hoje, zero hora.**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - **Não, amanhã.**

Eu agradeço a Vossa Excelência.

[...]

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (REVISOR) – Senhor Presidente, Vossa Excelência já proclamou, mas eu chamo a atenção para um outro detalhe: a questão da

AP 516 ED / DF

continuidade delitiva fica um pouco mitigada nesses casos, porque os primeiros crimes, nos primeiros anos, já estariam prescritos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ah, sim, sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Teríamos de ter a pena máxima acima de cinco anos para não haver a prescrição, já que se diz haver começado a delinquir em 1995, não é?

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Incide a prescrição.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (REVISOR)- Não.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – Não, acima do... Eu quero crer que não.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (REVISOR)- – Sete anos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Incide a prescrição.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (REVISOR)- Não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque a última prática delituosa ocorreu em 2002, não é isso? Ah, são passados sete anos e o prazo é de oito.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – Acima de dois anos são oito anos.

[...]

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – **E o marco, Ministro Gilmar Mendes, para a fixação da prescrição, é o de 2003. Então, não houve prescrição.**

[...]

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – **Acho que temos de decidir se nossa decisão, a**

AP 516 ED / DF

partir de hoje, já interrompe a prescrição.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (REVISOR)- Sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – **Sem dúvida, como é de praxe. Então, fica assentado.**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (REVISOR)- Quanto a isso não há dúvida.

[...]

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – É, os votos explicitarão o alcance e, para efeito de prescrição, vale a decisão agora proferida – para efeito de interrupção do prazo prescricional.”

(Sem destaques no original.)

14. Conclui-se, portanto, sem maior esforço de interpretação, que se está diante de embargos de efeitos manifestamente infringentes. Embargos que procuram, sob pretexto de vício inexistente, o reexame do que foi decidido por esta Suprema Corte, com o evidente propósito de retardar o início do cumprimento das penas aplicadas. E, como se sabe, a via de embargos não pode conduzir à renovação do julgamento que não se ressente do vício apontado, menos ainda à pretensão, no caso, de efeito modificativo do julgado. Noutro modo de dizer as coisas: em sede de embargos de declaração, não se admite a rediscussão de pretensão já repelida no julgamento de mérito da ação constitucional. A não ser quando há omissão a suprir, ou obscuridade a aclarar, ou contradição a afastar. (Cf. HC 101.540-ED/SP, Segunda Turma, da minha relatoria, DJ 13/06/2011; AI 759.450-ED/RJ, Segunda Turma, da relatoria da ministra Ellen Gracie, DJ 18/12/2009; HC 86.656-ED/PE, Primeira Turma, da minha relatoria, DJ 13/03/2009; HC 88.682-ED/SP, Primeira Turma, da minha relatoria, DJ 28/08/2008.)

15. Nessa contextura, não há omissão a suprir. Concluiria, assim, o meu voto por aqui, não fosse a alegação **nova** de extinção da punibilidade pelo **superveniente** pagamento integral do débito tributário, ou seja, pagamento que veio a ser efetuado posteriormente à sessão de

AP 516 ED / DF

juízo. Pelo que, por se tratar de questão de ordem pública, é caso de sua apreciação, até mesmo de ofício, por este nosso Tribunal.

16. Rememorando os fatos, na concreta situação dos autos, o embargante foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime prisional inicialmente semi-aberto, e 60 (sessenta) dias-multa. Condenação, à unanimidade, pelo cometimento, em continuidade delitiva e concurso material, dos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária (inciso I do § 1º do art. 168-A e inciso III do art. 337-A, ambos do Código Penal). Sucede que, mesmo podendo fazê-lo anteriormente (e em nenhuma ocasião é dito o contrário), alguns dias após a Sessão de 27/09/2010, mais especificamente em 1º/10/2010, o recorrente efetuou o pagamento integral, inclusive acessórios, dos débitos tributários que levaram à sua condenação. Pagamento que foi confirmado pela Secretaria da Receita Federal, conforme relatado, e que não é objeto de discussão.

17. Muito bem. O nosso desafio temático, portanto, é saber se, em face do art. 69 da Lei 11.941/2009, o pagamento integral do débito tributário, efetuado após a condenação definitiva, extingue ou não a punibilidade do crime tributário, se anterior ao seu regular trânsito em julgado. Isso no pressuposto de que o tema da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, como causa impeditiva do *jus puniendi* (direito de punir) do Estado, é projeção do próprio direito constitucional da presunção de não-culpabilidade, estampado no inciso LVII do art. 5º do Magno Texto (*“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*).

18. Como se observa da Lei 11.941/2009, esta passou a disciplinar, de maneira completa, a matéria então regulada no art. 9º da Lei 10.684/2003, caracterizando a sua tácita revogação. (Cf. RE 429.170/RS, decisão monocrática da ministra Cármen Lúcia, DJ 05/04/2010; ADI 3.002/DF, decisão monocrática do ministro Celso de Mello, DJ 17/12/2009.) Não é excessivo mencionar que a matéria recebeu novo regramento pela Lei 12.382/2011, que, por mais gravoso, aqui não vem ao caso discorrer.

AP 516 ED / DF

19. Leio os arts. 68 e 69 da Lei 11.941/2009:

“Art. 68. 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, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 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.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.”

20. Na vigência da Lei 10.684/2003, formou-se nesta nossa Casa de Justiça a orientação jurisprudencial de que a nova disciplina por ela estabelecida, ao suprimir o recebimento da denúncia como termo final da eficácia extintiva da punibilidade operada pelo parcelamento (previsto na Lei 9.964/2000, art. 15), por ser mais benfazeja ao réu (CF, inciso XL do art. 5º), aplicava-se retroativamente. Orientação, essa, que alcançou não só o pagamento integral mediante parcelamento, como também o pagamento direto, o qual, até então, encontrava disciplina na Lei 9.249/1995 (art. 34).

21. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: HC 96.681/SP,

AP 516 ED / DF

Primeira Turma, da relatoria do ministro Marco Aurélio, DJ 10/02/2011; HC 85.661/DF, Primeira Turma, da relatoria do ministro Marco Aurélio, DJ 19/12/2007; HC 89.794/SP, Segunda Turma, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, DJ 10/08/2007; HC 86.465/ES, Segunda Turma, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, DJ 29/06/2007; HC 85.643/RS, Primeira Turma, da relatoria do ministro Cezar Peluso, DJ 01/09/2006; HC 85.048/RS, Primeira Turma, da relatoria do ministro Cezar Peluso, DJ 01/09/2006; HC 85.452/SP, Primeira Turma, da relatoria do ministro Eros Grau, DJ 03/06/2005; HC 83.936/TO, Segunda Turma, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, DJ 25/02/2005; HC 81.929/RJ, Primeira Turma, da relatoria do ministro Cezar Peluso, DJ 27/02/2004.

22. Nesse contexto foi que o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que, para o efeito jurídico-penal da extinção da punibilidade, passou a ser desimportante o momento em que ocorra o pagamento integral do tributo, se antes ou depois do recebimento da denúncia, mas, sim, o momento em que, no curso do processo-crime, não mais seja possível a suspensão da pretensão punitiva do Estado. É dizer: a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário é apenas admissível enquanto existente pretensão punitiva estatal, em contraposição à pretensão executória do Estado. Donde a conclusão a que inspiradamente chegou o ministro Marco Aurélio no HC 96.681/SP (julg. cit.) quando elegeu a definitividade da condenação como limite temporal para a suspensão da pretensão punitiva em caso de parcelamento do débito tributário. Confira-se:

“Consoante o artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, fica suspensa a pretensão punitiva do Estado atinente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e nos artigos 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal –, durante o período no qual a pessoa jurídica relacionada com o agente dos citados delitos fizer-se incluída no regime de parcelamento. A interpretação teleológica do preceito conduz a assentar-se que, ainda em curso o processo penal, pode dar-se a suspensão aludida, pouco importando já existir sentença condenatória no cenário. O que cabe perquirir é se

AP 516 ED / DF

ainda não houve a preclusão, no campo da recorribilidade, do decreto condenatório.”

(Sem destaques no original.)

23. Deveras, não é novidade no ordenamento jurídico pátrio que a reparação do dano, se precedente à sentença irrecorrível, seja utilizada como causa extintiva da punibilidade. Isto em caráter excepcional, pois, via de regra, a reparação do dano é simples circunstância atenuante. É o caso, por exemplo, do peculato culposo (Código Penal Militar, §§ 3º e 4º do art. 303, e Código Penal, §§ 2º e 3º do art. 312), em que *“a reparação do dano, se precede a sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta”*. (Cf. HC 95.625/RJ, Primeira Turma, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, DJ 06/03/2009.)

24. Prossigo no raciocínio para dizer que é, portanto, o caráter definitivo da decisão condenatória, irrecorrível do ponto de vista processual, que dá efetividade concreta à pretensão punitiva do Estado, conferindo-lhe o direito de impor a sanção ao condenado. Condenação definitiva que afasta o direito constitucional da presunção de não-culpabilidade, substituindo-o pelo juízo da culpa.

25. A propósito do tema, em sede de doutrina, Nelson Hungria leciona que se deve entender *“por sentença irrecorrível aquela que, já inacessível a recurso ordinário, transita em julgado”* (Comentários ao Código Penal, vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1959, p. 353.) Já visualizando a temática pelo prisma dos embargos de declaração, José Carlos Barbosa Moreira, aludindo às decisões que seriam embargáveis, diz que *“tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, expressis verbis, a qualifique de ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração”*. E complementa, citando Pontes de Miranda: *“sentenças irrecorríveis são as de que não se pode recorrer, exceto por embargos de declaração”* [sem destaques no original] (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V.. Rio de Janeiro: Forense, 15ª ed., 2009, ps. 549/550). Isso porque, diversamente dos demais recursos, em que a decisão recorrida é substituída pela que lhe segue, no caso dos embargos aclaratórios a decisão não é substitutiva, mas simplesmente integrativa daquilo que já

AP 516 ED / DF

foi decidido, considerada um todo único. (Cf. RMS 26.226-ED/DF, Primeira Turma, da minha relatoria, DJ 31/10/2008; AI 592.756-AgR/SP, Segunda Turma, da relatoria do ministro Eros Grau, DJ 19/12/2007; AI 265.905-AgR-ED/PR, Segunda Turma, da relatoria do ministro Celso de Mello, DJ 04/05/2001; RE 100.503-ED/RJ, Primeira Turma, da relatoria do ministro Rafael Mayer, DJ 24/08/1994.)

26. A lição dos mestres é certa: a força que confere imutabilidade às decisões judiciais vem da sua inacessibilidade a recurso, o que, diante das peculiaridades da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, carrega diferença em relação ao trânsito em julgado perante os demais órgãos do Poder judiciário.

27. Com efeito, de ordinário, a Carta Magna, quando quis aludir a decisão transitada em julgado, o fez de maneira expressa. Por ilustração, é o que se contém no inciso III do art. 15: *“é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”*. Nova amostragem está no preceito contido no inciso I do § 1º do art. 41, em cujos termos *“o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado”*. Isso ainda se repete nos seguintes dispositivos: inciso I do art. 15; inciso VI do art. 55; inciso I do art. 95; §§ 1º, 3º e 5º do art. 100; alínea “a” do inciso I do art. 128; inciso VII do § 3º do art. 142; *caput* do art. 86 do ADCT.

28. Por outro lado, a Constituição Federal deu tratamento diferenciado a decisões definitivas de mérito desta Suprema Corte, sem menção ao trânsito em julgado, e o fez explicitamente. Vejam-se as letras do inciso X do art. 52: *“compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”*. Ou, ainda, do § 2º do art. 102: *“as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”*.

AP 516 ED / DF

29. De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de ao Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, competir, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, além das causas que são próprias de Corte Constitucional, também o plexo de causas de jurisdição tipicamente ordinária (originariamente ou em competência recursal) de Tribunal de última instância (art. 102).

30. Continuo para pontuar que, excluída a hipótese de cabimento de embargos infringentes (à decisão não unânime do Plenário que julgar procedente ação penal, quando registrados no mínimo 4 (quatro) votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta, na forma do art. 333 do Regimento Interno deste Tribunal), a decisão condenatória do Plenário da Suprema Corte em ação penal originária é definitiva e anuncia o momento de se dar cumprimento à pena.

31. Esse é o fundamento pelo qual a jurisprudência desta nossa Corte admite, em certas situações, o imediato cumprimento da decisão, inclusive para efeito de início de cumprimento da reprimenda, independentemente da publicação do acórdão. Isso quando exauridos todos os meios recursais legítimos e portadores da plenitude do direito de defesa, não servindo de óbice para tanto a oposição de expedientes nitidamente protelatórios. (Cf. AI 715.215-AgR-ED-ED/SP, Primeira Turma, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, DJ 14/11/2011; AI 795.677-AgR/SP, Segunda Turma, da relatoria do ministro Celso de Mello, DJ 10/10/2011; AI 716.970-AgR-ED-AgR-ED/RR, Primeira Turma, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, DJ 30/11/2010; AI 759.450-ED/RJ, Segunda Turma, da relatoria da ministra Ellen Gracie, DJ 18/12/2009; HC 99.157/RJ, Segunda Turma, da relatoria da ministra Ellen Gracie, DJ 28/08/2009.)

32. O fato é que também o Código de Processo Penal faz idêntica distinção, ao tornar nítida a diferença entre condenação definitiva, conforme menção no art. 295 e no *caput* do art. 300, em contraposição ao conceito de sentença definitiva, como tratada no seu art. 82 e inciso I do art. 593, em oposição ao conceito de sentença terminativa.

AP 516 ED / DF

33. Atento a esses marcos interpretativos, tenho que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, quando exercida em única ou última instância, prescinde do trânsito em julgado para que sua decisão ganhe foros de definitividade. Definitividade que limita, então, a possibilidade de reconhecimento do pagamento do tributo como causa de extinção da punibilidade, por não mais existir pretensão punitiva do Estado passível de suspensão, ou anulação.

34. Nesse fluxo de intelecção da matéria, entendo que, por mais relevantes que possam ser as razões de política criminal (vinculadas a instrumentos de arrecadação fiscal) que levaram à criação da causa de extinção da punibilidade em questão, não tem ela o alcance de rescindir condenação criminal definitiva, ainda mais quando tal condenação seja originária da mais alta Corte do País, sob pena de temerário desprestígio à Jurisdição Criminal do Estado. O que me leva a concluir que, uma vez exercida em definitivo a pretensão punitiva estatal, fica inviabilizada a eficácia jurídico-penal do pagamento integral do débito tributário no caso concreto, para efeito de extinção da punibilidade.

35. Já me encaminhando para o desfecho deste voto, registro, como relatado, que se encontra em tramitação a ADI 4.273/DF, sob a relatoria do eminente ministro Celso de Mello, na qual é questionada, mediante substancial argumentação, a constitucionalidade dos arts. 67, 68 e 69 da Lei 11.941/2009. Argumentos, esses, que deixo para apreciar detidamente por ocasião do julgamento da ação constitucional.

36. Ante o exposto, rejeito os presentes embargos e indefiro o pedido de declaração da extinção da punibilidade pelo superveniente pagamento do débito tributário. O que faço para determinar, independentemente da publicação de acórdão, a imediata execução da pena privativa da liberdade imposta ao condenado, com a expedição, para tanto, de mandado de prisão, e observados os art. 106 e seguintes da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Execução da pena que delego ao Juízo de execução criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF.

É como voto.

* * * * *

01/12/2011

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? A efetividade da condenação tem sentido próprio, que é a preclusão do título condenatório. Pelo visto, essa ainda não ocorreu, tanto que estamos a julgar embargos de declaração contra o pronunciamento do Supremo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Eu vou enfrentar essa questão.

01/12/2011

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, há dois aspectos aqui a destacar: em primeiro lugar, o Ministro Ayres Britto ressalta que os embargos têm caráter manifestamente protelatórios, porque, como se sabe, os embargos têm uma utilidade quando há omissão, uma contradição no acórdão. Quando isso não se verifica, efetivamente a utilização dos embargos revela-se promíscua. Aliás, essa foi a razão, Ministro Marco Aurélio, pela qual eu não admiti naquela oportunidade o acolhimento dos embargos de declaração para readaptar a jurisprudência, porquanto o Supremo se veria na situação de ter que readaptar a jurisprudência de vários casos. É uma explicação técnica dentro do clima de amistosidade que marca a nossa amizade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vejo que Vossa Excelência está preocupado com a matéria.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, o juiz se preocupa com a justiça da sua decisão; isso é inerente à nossa carreira.

Em segundo lugar, Senhor Presidente, há aqui uma notória relação de prejudicialidade, porquanto o Relator noticiou que há uma declaração de inconstitucionalidade exatamente na parte em que o interessado se fundamenta para pleitear a extinção da punibilidade. Eu pretenderia pelo menos verificar a verossimilhança dessa declaração de inconstitucionalidade para poder prosseguir no julgamento dos embargos, razão pela qual eu peço vista.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

EMBTE.(S) : JOSÉ FUSCALDI CESÍLIO

ADV.(A/S) : ABELARDO DE LIMA FERREIRA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : CLEVER FERREIRA COIMBRA

ADV.(A/S) : RICARDO DE OLIVEIRA

ADV.(A/S) : CÉSAR PERES

EMBTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

RÉU(É)(S) : EDNA MÁRCIA CESÍLIO

ADV.(A/S) : ABELARDO DE LIMA FERREIRA

Decisão: De início, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu o pedido de sustentação oral formulado pela defesa. Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), rejeitando os embargos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.12.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-a E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). RÉU CONDENADO À PENA-BASE DE 3 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, QUE, NA AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES E AUMENTADA DE 1/6 (UM SEXTO) ANTE A CONTINUIDADE DELITIVA, FOI TORNADA DEFINITIVA EM 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES, E 30 DIAS-MULTA. PENA QUE, SOMADA, DEVIDO AO CONCURSO MATERIAL, TOTALIZOU 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESSENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS NO VALOR UNITÁRIO DE ½ (UM MEIO) SALÁRIO MÍNIMO, VIGENTE EM AGOSTO DE 2002 (TÉRMINO DA CONTINUIDADE DELITIVA), ATUALIZADOS MONETARIAMENTE DESDE ENTÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM FACE DO PAGAMENTO INTEGRAL DO

AP 516 ED / DF

DÉBITO FISCAL E OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, SUPERVENIENTES À SESSÃO DE JULGAMENTO E ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EMBARGOS PROVIDOS.

1 - Os embargos de declaração não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas lhe servem ao aprimoramento, devendo o órgão apreciá-los com espírito de compreensão, por consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal, havendo, inclusive, corrente jurisprudencial que admite a extrapolação do âmbito normal da eficácia dos embargos quando, utilizados para sanar omissões, contradições, obscuridades ou equívocos manifestos, impliquem modificação do que restou decidido no julgamento embargado. Precedentes: AI (Ag-Edcl) 163.047, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 8.3.96; RE (Edcl) 207.928, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14.4.98.

1.1 Os efeitos infringentes ou modificativos dos embargos não encontram disposição expressa legal, mercê de os tribunais procederem à infringência com fundamento em excertos doutrinários e jurisprudenciais. Assim, contudo, não ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dado que o

AP 516 ED / DF

Regimento Interno desta Corte, editado em face da autorização constitucional então vigente (Constituição Federal de 1967), expressamente dispõe no artigo 338 que, *“se os embargos forem recebidos, a nova decisão se limitará a corrigir a inexatidão, ou a sanar a obscuridade, dúvida, omissão ou contradição, salvo se algum outro aspecto da causa tiver de ser apreciado como consequência necessária”*. Admite-se, por conseguinte, a interposição de declaratórios contra julgados desta Corte em face da disposição contida na legislação especial que rege os processos e os procedimentos no âmbito do Supremo, mormente no que respeita ao caráter integrativo, e, *a fortiori*, também embargos com efeitos modificativos, o que significa não ser possível tomar como definitiva a decisão proferida pelo Plenário do Supremo, se o acórdão não transitou em julgado.

2. In casu, algumas particularidades deste processo hão de ser destacadas:

- a)** na ata de julgamento juntada ao processo (folha 2181) não há qualquer referência à solução da controvérsia relacionada ao marco interruptivo da prescrição, se ocorrido quando da publicação do acórdão ou da data da sessão em que julgada a ação penal;
- b)** não há referência também à determinação de cumprimento imediato do acórdão condenatório;

AP 516 ED / DF

c) Antes da publicação da ata e do referido acórdão, a defesa requereu a juntada dos comprovantes do pagamento do débito tributário e pugnou pela declaração da extinção da punibilidade, nos termos do artigo 9º da Lei nº 11.941/2009;

d) após este fato, houve a **publicação do acórdão, em 6 de dezembro de 2010**, no bojo do qual não há referência ao marco interruptivo da prescrição, que se afirmou ocorrido na assentada do julgamento;

e) foram interpostos os embargos de declaração, sustentando a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, bem assim em virtude do transcurso do lapso prescricional na modalidade retroativa, com fundamento no artigo 109, IV, combinado com o artigo 115 do Código Penal (70 anos de idade);

f) após a audiência do Procurador-Geral da República sobre os embargos, o relator determinou a realização de diligência junto a órgãos governamentais, visando obter informações a respeito do pagamento dos débitos pelo acusado, anexando-se ao processo a certidão pertinente e peça oriunda da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que prestou as informações a respeito da liquidação dos débitos;

g) na sequência, o relator, que expressamente declarou ter sido motivado pela oposição dos embargos declaratórios, teve a iniciativa de consultar a íntegra da

AP 516 ED / DF

gravação, em áudio e vídeo, da sessão de julgamento da ação penal, vindo a constatar a ausência, nos diálogos que compõem o inteiro teor do acórdão, de relevantes passagens do que discutido e deliberado pelo Plenário;

h) diligenciou-se junto à Secretaria Judiciária no sentido da degravação dos debates, acudindo ao processo a transcrição nos quais se verifica a solução da questão pertinente ao momento a ser considerado para ter a completude da idade de 70 anos, que não seria no dia da assentada, mas no dia seguinte à sua realização, bem assim a transcrição dos votos do relator e do revisor, nos quais está expresso “ser praxe” na Corte a interrupção da prescrição na data em que julgada pelo Plenário a ação penal originária (folha 2559).

i) cumpridas as referidas diligências, o relator determinou (folha 2563) a retificação da ata da sessão, para nela fazer constar a deliberação do Colegiado acerca do marco interruptivo e “*a posterior republicação do acórdão*”.

j) o processo julgado em **27 de setembro de 2010** somente teve o acórdão publicado, na sua completude e após retificações determinadas pelo relator, em **20 de setembro de 2011**;

k) o acusado reiterou os termos dos embargos declaratórios interpostos quando da primeira publicação. O Ministro Relator,

AP 516 ED / DF

que expressamente se disse “**motivado**” pelas razões dos declaratórios, procedeu a diversas diligências junto a órgãos governamentais, para certificar-se do efetivo pagamento do débito tributário;

1) em seguida, *motu proprio*, determinou a retificação da ata que fora anteriormente aprovada pelo Plenário e das peças que compuseram o aresto, determinando a **republicação do acórdão, tudo isso após terem sido protocolados e juntados ao processo os embargos declaratórios. Admito os embargos, que, assim, não são protelatórios.**

3. *In casu*, são as seguintes as questões jurídicas submetidas à apreciação desta Corte: a) a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, ocorrido após o julgamento, mas antes da publicação e da republicação do acórdão condenatório; b) e a extinção da punibilidade pelo transcurso do prazo da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, considerando-se, inclusive, a idade de 70 (setenta) anos, que o acusado completou no dia seguinte à sessão de julgamento.

3.1 A extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário encontra respaldo na regra prevista no artigo 69 da Lei nº 11.941/2009, que não disciplina qualquer limite ou restrição em desfavor do agente, merecendo, no ponto, recordar a

AP 516 ED / DF

locução do Ministro Sepúlveda Pertence no Habeas Corpus nº 81.929/RJ, julgado em 16 de dezembro de 2003: “a nova lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos crimes contra a ordem tributário é apenas uma forma reforçada de execução fiscal”.

3.2 O artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal, dispõe que **“em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício”**, razão pela qual no julgamento do Habeas Corpus nº 85.661/DF, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 19.12.2007, embora se referindo a suspensão de processos criminais em virtude de parcelamento, que a legislação do Refis (Lei nº 10.684/2003) assentou-se que *“aplica-se aos processos criminais pendentes, ou seja, ainda que não se tenha decisão condenatória, desde que não coberta pela preclusão na via recursal”*.

4. Pedido de extinção da punibilidade em virtude do pagamento do débito tributário acolhido.

5. A extinção da punibilidade pela prescrição, tendo em conta o benefício decorrente da senilidade (70 anos) - idade completada no dia seguinte à sessão de julgamento, mas antes da publicação e da republicação do acórdão condenatório -, encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que preconiza deva ser considerado o benefício, ainda na

AP 516 ED / DF

pendência de embargos: Habeas Corpus nº 89.969-2/RJ, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 05.10.2007.

6. A aplicação do artigo 115 do Código Penal reclama interpretação teleológica e técnica interpretativa segundo a qual não se pode tomar regra que visa a favorecer o cidadão de modo a prejudicá-lo, restringindo a extensão nela revelada. Há de tomar-se a **idade do acusado, não na data do pronunciamento do Juízo, mas naquela em que o título executivo penal condenatório se torne imutável na via do recurso** (Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Inquérito nº 2.584/SP, relator o Ministro Ayres Britto, sessão de 16 de junho de 2011).

6.1 *In casu*, o curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (CP, artigo 117, inciso IV). E, no caso *sub examine*, o acórdão condenatório foi republicado, sendo certo que, em razão dos embargos declaratórios ora em julgamento, procedeu-se **à retificação substancial na ata de julgamento e na composição de votos**, restando republicado o acórdão em 20 de setembro de 2011.

7. A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, no caso *sub judice*, impõe considerar que ao acusado foi aplicada a pena de três anos e seis meses, para cada um dos crimes (concurso

AP 516 ED / DF

material) e a continuidade delitiva, cuja soma resulta 7 anos de reclusão; o prazo prescricional para cada um dos crimes é de 08 (oito) anos, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Código Penal, que é reduzido à metade (4 anos) em virtude da aplicação do disposto no artigo 115 do referido código. O último fato delituoso ocorreu em 2002 e o recebimento da denúncia – primeiro marco interruptivo da prescrição (CP, artigo 117, I) – ocorreu se deu 19 de fevereiro de 2009, aproximadamente 07 (sete) anos após a prática do último fato delituoso. Proferido o julgamento, somente a defesa apresentou recurso – embargos de declaração -, razão pela qual se tem a aplicação artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal – prescrição retroativa, **não incidindo a Lei nº 12.234/2010**, que afastou a possibilidade da contagem do prazo de prescrição ser tomada em razão de fatos anteriores ao recebimento da denúncia ou da queixa, pois os fatos imputados ao acusado/embargante são anteriores à sua vigência e, sendo preceito legal mais gravoso, não pode retroagir em prejuízo a direito do réu. Portanto, entre a data do último fato delituoso e o recebimento da denúncia houve o transcurso de mais de 07 (sete) anos, o que suplanta, em muito o lapso temporal de 04 (quatro) anos de prescrição, contados em face da pena concretizada na decisão desta Corte, contra a qual não

AP 516 ED / DF

houve recurso da acusação.

Embargos de declaração providos, para declarar a extinção da punibilidade do embargante em virtude do pagamento do débito tributário (Lei nº 11.941/09, artigo 69); e, acaso suplantada a tese, provejo os embargos para declarar extinta a punibilidade do acusado, em razão do transcurso do prazo da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, nos termos do artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: O Plenário desta Corte proferiu decisão condenatória contra o acusado José Fuscaldi Cesílio, estando o acórdão assim ementado:

“EMENTA: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DETENTOR DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE

AP 516 ED / DF

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DA CO-RÉ. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PENA DE 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, TOTALIZANDO 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESSENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS EM ½ (UM MEIO) SALÁRIO MÍNIMO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. *SURSIS*. DESCABIMENTO.

1. O acusado, detentor do foro por prerrogativa de função, na condição de sócio-gerente da empresa Curtume Progresso Indústria e Comércio Ltda., deixou de repassar ao INSS, no prazo legal, no período de janeiro de 1995 a agosto de 2002, valores arrecadados pela empresa a título de contribuições incidentes sobre a remuneração de empregados, relacionados em folha de pagamento mensal e rescisões de contrato de trabalho. Além disso, no período de maio de 1999 a agosto de 2002, omitiu fatos geradores de contribuições previdenciárias nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP referentes a remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais e à diferença de remuneração paga a segurados empregados. Valores consolidados em 14 de março de 2003, respectivamente, em R\$ 259.574,72 (duzentos e cinquenta e nove mil, quinhentos de setenta e quatro reais e setenta e dois centavos) e R\$ 618.587,06 (seiscentos e dezoito mil, quinhentos e oitenta e sete reais e seis centavos).

2. A materialidade delitiva ressaí do procedimento fiscal já encerrado, acompanhado de farta de documentação, que resultou nos valores indevidamente apropriados e sonegados, detalhados nas notificações fiscais de lançamento de débito lavradas pela autoridade fazendária e não impugnadas na esfera administrativa.

3. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração

AP 516 ED / DF

do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (a intenção de ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária.

4. Não se presta para a suspensão da pretensão punitiva estatal, nos moldes do art. 9º da Lei 10.684/2003, a juntada de *Recibo de Pedido de Parcelamento da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009*, cuja primeira prestação não foi paga no prazo previsto no referido documento, porque não comprova a efetiva obtenção do parcelamento administrativo do débito fiscal.

5. A mera participação no quadro societário como sócio-gerente não pode significar a automática, ou mecânica, responsabilização criminal, porquanto não se pode presumir a responsabilidade criminal daquele que se acha no contrato social como sócio-gerente, devido apenas a essa condição, pois tal increpação mecânica ou linear acarretaria a aplicação de inadmissível figura de responsabilidade penal objetiva.

6. Os elementos probatórios confrontados com as diferentes versões externadas pela defesa no curso da persecução penal, bem como a juntada de alteração contratual com registro falso da junta comercial excluindo o acusado da sociedade permitem chegar à conclusão da responsabilidade penal deste. No procedimento fiscal, ganha destaque e corrobora inequivocamente a condição contratual de sócio-gerente do acusado o instrumento procuratório por ele outorgado, representando a empresa, em que concede poderes a mandatário para os atos relacionados à ação fiscal. Mandatário que efetivamente assinou todas as notificações fiscais de lançamento de débito e os atos com ela relacionados. A transmissão de poderes, típicos de administração societária, confere certeza do grau de envolvimento do acusado com a administração da empresa. De outra parte, a concessão de procuração pelo acusado a terceiro, com outorga de poderes de

AP 516 ED / DF

gerência da empresa, não conferiu exclusividade de poderes ao outorgado, preservando os poderes de gestão do acusado.

7. A prova testemunhal produzida durante a instrução criminal não infirma a condição do acusado de responsável pela administração da sociedade, se nenhuma das pessoas ouvidas mantinha contato direto ou tinha vínculo com a empresa. Se não mantiveram contato com o dia-a-dia da empresa, não há de se atribuir ao depoimento de empregados de pessoas jurídicas outras ainda que de empresas de um mesmo grupo familiar a força de afastar do acusado a condição de responsável pela administração da sua empresa.

8. No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade a precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não-recolhimento do tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo de razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Deve o julgador, também, sob outro aspecto, aferir o elemento subjetivo do comportamento, pois a boa-fé é requisito indispensável para que se confira conteúdo ético a tal comportamento.

9. Não é possível a aplicação da referida excludente de culpabilidade ao delito do art. 337-A do Código Penal, porque a supressão ou redução da contribuição social e quaisquer acessórios são implementadas por meio de condutas fraudulentas incompatíveis com a boa-fé instrumentais à evasão, descritas nos incisos do *caput* da norma incriminadora.

10. Hipótese em que o conjunto probatório não revela, em absoluto, a precária condição financeira da empresa. Nítida é a deficiência da prova de tal condição, não havendo nos autos um só documento que permita concluir por modo diverso. De mais a mais, a posterior autuação da empresa, referente ao período de setembro de 2002 a abril 2004, demonstra a plena

AP 516 ED / DF

continuidade dos seus negócios, de maneira a patentear que os elementos de convicção constantes dos autos caminham em sentido contrário à tese defensiva.

11. A continuidade delitiva se configura pela sucessão de crimes autônomos de idêntica espécie praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução e que se considera um só crime por *fictio iuris* (ficção de direito).

12. Não há nos autos prova ou evidência de que a co-ré detivesse poder de mando, ou houvesse exercido qualquer atividade na empresa. O que afasta, por completo, a sua responsabilidade penal pelos crimes cometidos.

13. Réu condenado à pena-base de 3 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, para cada delito, que, na ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes e aumentada de 1/6 (um sexto) ante a continuidade delitiva, foi tornada definitiva em 3 (três) anos e 6 (seis) meses e 30 (trinta) dias-multa. Pena que, somada, devido ao concurso material, totalizou 7 (sete) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, fixados no valor unitário de ½ (um meio) salário mínimo, vigente em agosto de 2002 (término da continuidade delitiva), atualizados monetariamente desde então. Fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, seguido do reconhecimento da impossibilidade de conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou da falta de direito ao *sursis* da pena.

14. Co-ré absolvida por insuficiência de provas, nos termos do inciso V do art. 386 do Código de Processo Penal.

A defesa do acusado interpôs embargos de declaração, sustentando a existência de omissão no julgado, que não teria se manifestado sobre a extinção da punibilidade em face do pagamento integral do débito fiscal, inclusive dos consectários legais (folha 2408), quitação que teria ocorrido em 1º de outubro de 2010, antes da publicação do acórdão mediante o qual foi imposta a condenação. Argumenta que, nos termos do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito pode se dar a qualquer tempo, consoante precedente do Supremo

AP 516 ED / DF

Tribunal Federal: Habeas Corpus n] 81.929/RJ, relator Ministro Cezar Peluso, DJ de 27.02.2004.

O embargante sustenta também a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, com base no disposto no artigo 109, inciso IV, combinado com o artigo 115 do Código Penal, esclarecendo que o acusado teria completado 70 (setenta) anos de idade – este fato ocorreu antes do julgamento, se contado o prazo em horas e, efetivamente, antes da publicação do acórdão condenatório. Assim, descontado das penas o acréscimo estabelecido para os tipos penais decorrentes da continuidade delitiva, para fins de contagem da prescrição há considerar a pena de 03 (três) anos e o prazo prescricional de 8 anos. Contado esse prazo pela metade *ex vi* do artigo 115 do Código Penal, chegar-se-ia ao lapso prescricional de 04 (quatro) anos entre o último fato imputado ao acusado (agosto de 2002) e o recebimento da denúncia ocorrido em 19 de fevereiro de 2009. Por fim, requereu o acolhimento dos embargos declaratórios, conferindo-lhes efeitos infringentes, para declarar extinta a punibilidade pelo pagamento do débito fiscal e, sucessivamente, fosse declarada a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com fundamento no artigo 109, IV, combinado com o artigo 115 do Código Penal. Apresentou, também, pedido de sustentação oral.

Após a manifestação da Procuradoria Geral da República, o Ministro Ayres Britto, à época Presidente da Corte, submeteu à apreciação do Plenário os pleitos formalizados pelo embargante. Sua Excelência rejeitou os embargos de declaração, assentando:

a) preliminarmente, o caráter manifestamente infringente dos embargos, por meio dos quais a defesa procura, sob pretexto de vício inexistente, o reexame do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo-o com o evidente propósito de retardar o início do cumprimento das penas aplicadas e buscando o re julgamento da causa. Assim, ante a ausência de omissão, os embargos não seriam cabíveis.

AP 516 ED / DF

Contudo, em face da alegação de extinção da punibilidade pelo superveniente pagamento do débito tributário, realizado após a sessão de julgamento, a questão poderia agora ser apreciada pela Corte.

b) Sua Excelência rememora que o embargante foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, e 60 (sessenta) dias-multa, por infração, em continuidade delitiva, do disposto nos artigos 168-A, § 1º, inciso I, e 337-A, inciso III, ambos do Código Penal – penas de 03 (três) e 06 (seis) meses, respectivamente. Acentuou, também, que o acusado poderia, antes da condenação, ter procedido o pagamento do débito. Contudo, veio a fazê-lo em 1º de outubro de 2010, dias após a sessão de julgamento realizada em 27 de setembro de 2010, pagamento que veio a ser confirmado pela Secretaria da Receita Federal;

c) O Ministro Ayres Britto delimita, por isso, o desafio temático posto ao crivo do Supremo Tribunal Federal: saber se, em face do artigo 69 da Lei nº 11.941/2009, o pagamento integral do débito tributário, efetuado após a condenação – que Sua Excelência afirma ser “condenação definitiva” -, extingue ou não a punibilidade do crime tributário e, realizando-o até mesmo antes do trânsito em julgado, ter-se-ia a extinção da punibilidade, considerando-se, inclusive, a aplicação do princípio da presunção de não-culpabilidade (CF, artigo 5º, LVII).

d) Para solução da controvérsia, Sua Excelência recorda precedente desta Corte – Habeas Corpus nº 96.681/SP -, do qual toma de empréstimo voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio a respeito da aplicação do disposto no artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, que anteriormente dispunha sobre a matéria, e transcreve o entendimento então externado: “*A interpretação teleológica do preceito conduz a assentar-se que, ainda em curso o processo penal, pode dar-se a suspensão aludida, pouco importando já existir sentença condenatória no cenário. O que cabe perquirir é se ainda não houve a preclusão, no campo da recorribilidade, do decreto condenatório*”.

e) Diz Sua Excelência o Ministro Ayres Britto que o caráter definitivo da decisão condenatória, irrecorrível do ponto de vista processual, é que dá efetividade concreta à pretensão punitiva do Estado, conferindo-lhe o direito de impor a sanção ao condenado. E, após transcrever excertos

AP 516 ED / DF

doutrinários sobre o alcance do vocábulo “*sentença irrecorrível*”, assevera que a imutabilidade das decisões judiciais vem da sua inacessibilidade a recurso, o que, diante das peculiaridades da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, carrega diferença em relação ao trânsito em julgado perante os demais órgãos do Poder Judiciário. Em síntese, a decisão condenatória do Plenário do Supremo Tribunal Federal em ação penal originária é definitiva e anuncia o momento de se dar cumprimento à pena, razão pela qual, em certos momentos, esta Corte determinou o imediato cumprimento de decisões, independentemente da publicação do acórdão. Ressaltou-se, por isso, dada a peculiaridade da jurisdição outorgada ao Supremo Tribunal Federal, que, diversamente dos demais recursos em que a decisão é passível de recurso e poderá ser substituída pela que lhe segue, no âmbito desta Corte somente admite-se os embargos e, “*no caso dos embargos aclaratórios a decisão não é substitutiva, mas simplesmente integrativa daquilo que já foi decidido, considerada um todo único*”.

f) prosseguindo, diz Sua Excelência que, “*excluída a hipótese de cabimento de embargos infringentes, a decisão condenatória do Plenário da Supremo Corte em ação penal originária é definitiva e anuncia o momento de se dar cumprimento à pena*”. Em face desses marcos interpretativos, acentua que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, quando exercida em única ou última instância, prescinde do trânsito em julgado para que sua decisão ganhe foros de definitividade, definitividade que limita, então, a possibilidade de reconhecimento do pagamento do tributo com causa de extinção da punibilidade, por não mais existir pretensão punitiva do Estado passível de suspensão ou anulação.

g) concluindo, Sua Excelência rejeita os embargos, indefere o pedido de declaração da extinção da punibilidade pelo superveniente pagamento do débito tributário e, **então, determina**, “*independentemente da publicação de acórdão, a imediata execução da pena privativa de liberdade imposta ao condenado, com a expedição, para tanto, de mandado de prisão*”. Delega a execução da pena ao Juízo da Execução Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF.

AP 516 ED / DF

Pedi vista do processo, cujo julgamento teve início em 1º de dezembro de 2011 e foi encaminhado ao meu gabinete no dia 5 subsequente.

É o breve relatório, apenas para rememorar os fatos que deram ensejo a interposição dos embargos declaratórios.

Conquanto já tenham sido realçados pelo Ministro Ayres Britto, relator, entendo necessário destacar algumas particularidades deste processo.

Verifico que, na ata de julgamento juntada ao processo, às folhas 2181, não há qualquer referência à solução da controvérsia relacionada ao marco interruptivo da prescrição, se na publicação do acórdão ou da data da sessão em que julgada a ação penal, bem quanto ao cumprimento imediato do acórdão condenatório. Na sequência, às folhas 2190/2192, o acusado requereu a juntada dos comprovantes do pagamento do débito tributário (folhas 2208/2304) e pugnou pela declaração da extinção da punibilidade, nos termos do artigo 9º da Lei nº 11.941/2009. A Procuradoria-Geral da República foi instada a manifestar-se sobre a pretensão (folha 2305), o que não se efetivou porque o processo-crime foi requisitado pelo relator (folha 2313). Ocorreu, então, a composição do acórdão, sendo juntados os votos e a transcrição dos debates (folhas 2325/2387). Houve, a final, a publicação do acórdão de folhas 2389/2393 em **06 de dezembro de 2010**, no bojo do qual não há referência ao marco interruptivo da prescrição, tomado como *“na assentada do julgamento”*.

A defesa interpôs, então, os embargos de declaração de folhas 2408 a 2416, sustentando a ocorrência da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, que, conforme entende, poderia ser efetivado a qualquer tempo, nos termos da Lei nº 11.941/09; e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com fundamento no artigo 109, IV, combinado com o artigo 115 do Código Penal, juntando, na oportunidade a certidão de nascimento para comprovar ter o acusado completado 70 anos de idade, pois nascido em

AP 516 ED / DF

28 de setembro de 1940 (folha 2417).

A Procuradoria Geral da República foi instada a manifestar-se sobre os embargos declaratórios, que se revestem de manifesto caráter modificativo (folha 2418), vindo ao processo o parecer de folhas 2422/2434, no sentido da rejeição.

Na sequência, o Ministro-relator determinou a realização de diligência junto ao Instituto Nacional do Seguro Social em Goiás, visando obter informações a respeito do pagamento dos débitos pelo acusado (folha 2447). O embargante, antecipando-se na providência, requereu a juntada da certidão de folha 2450, bem assim dos recibos de folhas 2451/2456. Sua Excelência, o Ministro Ayres Britto, determinou que fossem reiterados os termos do ofício expedido ao Instituto Nacional do Seguro Social (folha 2460). Desta feita, a Secretaria da Receita Federal do Brasil prestou as informações a respeito da liquidação dos débitos, por ser matéria afeta à competência daquele órgão (folha 2532, 2541, 2543/2548).

Concluso o processo com a documentação acima referida, o Ministro-relator, após a consulta à íntegra da gravação, em áudio e vídeo, da sessão de julgamento da ação penal - consulta motivada pela oposição dos embargos de declaração -, constatou a ausência, nos diálogos que compõem o inteiro teor do acórdão, de relevantes passagens do que discutido e deliberado pelo Plenário. Diligenciando junto à Secretaria Judiciária, veio a ser esclarecido, à folha 2553, que *“não foi objeto de degravação, e por isso não integrou o acórdão”* os trechos relacionados aos esclarecimentos oferecidos pelo advogado do réu e o *“debate, ocorrido após o lançamento do último voto oral, no momento em que o Tribunal estabelecia a melhor redação para a proclamação do resultado”*, transcrição juntada nessa ocasião, às folhas 2554/2561, nas quais se verifica a solução da questão pertinente ao momento a ser considerado para ter a completude da idade de 70 anos (que se firmou como sendo no dia seguinte ao julgamento e

AP 516 ED / DF

não naquela data da assentada) e a decisão quanto ao fato de se ter como “praxe” na Corte a interrupção da prescrição na data em que julgada pelo Plenário a ação penal originária (folha 2559).

Cumprida a diligência, o Ministro-relator determinou (folha 2563):

1) a “retificação da ata da sessão para que passe a constar, conforme o anunciado resultado do julgamento, a deliberação do Colegiado de firmar como marco interruptivo da prescrição a data da sessão de julgamento em que proferida a decisão condenatória”; 2) “a posterior republicação do acórdão”.

O acórdão – então embargado – **foi republicado em 20 de setembro de 2011**, nele constando as alterações substanciais verificadas pelo **Ministro-relator**, a saber, as que dizem respeito à impossibilidade de contar-se a prescrição pela metade, no dia da sessão de julgamento, pois o réu ainda não contava com 70 (setenta) anos de idade, e ao estabelecimento do marco interruptivo da prescrição, como sendo a data do julgamento (folhas 2571/2583). Desse modo, a decisão proferida em 27 de setembro de 2010 somente teve o acórdão publicado, na sua completude, em 20 de setembro de 2011.

O acusado, às folhas 2589, reiterou os termos dos embargos de declaração interpostos. Reafirmou a ocorrência da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário e, também, a incidência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, ocorrida bem antes da propositura da ação penal, haja vista o transcurso de mais de 4 (quatro) anos desde a data do último fato incriminado (agosto de 2002) e o recebimento da denúncia em 19 de fevereiro de 2009, tendo em conta a sanção aplicada, a aplicação do artigo 115 do Código Penal (maior de 70 anos) .

O Ministério Público Federal reitera a manifestação de folhas 2397/2400, 2402/2405 e 2422/2434, requerendo o imediato julgamento dos embargos, com a consequente declaração do trânsito em julgado da

AP 516 ED / DF

decisão condenatória e a execução da penas impostas ao acusado.

Admito os embargos de declaração. O Ministro relator da ação penal expressamente afirmou que, “*motivado*” pela interposição dos embargos, realizou diversas diligências – a juntada de documentos novos após a sessão de julgamento, oficiou ao Instituto Nacional do Seguro Social, à Receita Federal do Brasil; determinou a degravação de debates ocorridos durante o julgamento, que não compuseram o **acórdão publicado**; em razão desta providência, determinou a **retificação da ata de julgamento e a republicação do acórdão, que fora modificado de modo substancial**. Conquanto não tenha havido completa coincidência entre as alegações do embargante e as providências complementares e corretivas determinadas pelo Ministro relator, não se há de afirmar que o acórdão não padecia de vícios.

Portanto, não tenho como protelatórios os embargos e não verifico a prática abusiva do direito de recorrer - pressuposto capaz de autorizar a imediata execução do julgado -, haja vista que fatos novos **supervenientes à sessão de julgamento, mas ocorridos antes da publicação e republicação** do acórdão, relacionados diretamente com o direito do acusado, poderiam, sim, influir na causa.

Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “*os embargos de declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal*” (AI(Ag-Edl) 163.047, relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 8.3.96).

Assim, os embargos de declaração “*devem ser apreciados com largueza, aclarando pontos do julgado que poderiam acarretar dúvidas em sua execução*” (RTJ 65/170), porque, “*a parte tem direito à entrega da prestação jurisdicional de forma clara e precisa. Cumpre ao órgão julgador apreciar os embargos de*

AP 516 ED / DF

declaração com o espírito aberto, entendendo-os como meio indispensável à segurança nos provimentos judiciais” (RTJ 138/249).

Em virtude desse entendimento, *“os embargos declaratórios são admissíveis para a correção de premissa equivocada de que haja partido a decisão embargada, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento”* (STF, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, RE(Edcl) 207.928, DJU de 14.4.98). Esse também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, quando assentou que *“recebidos os embargos, para anular o acórdão, gerado em erro, efetua-se, desde logo, novo julgamento, se o julgamento anulado não depende de inclusão em pauta”* (STJ, RT 702/196).

E ainda: *“Conquanto não se trate de matéria de todo pacificada, existe firme corrente jurisprudencial que admite a extrapolação do âmbito normal de eficácia dos embargos declaratórios, quando utilizados para sanar omissões, contradições ou equívocos manifestos, ainda que tal implique modificação do que restou decidido no julgamento embargado”* (STJ, RT 663/172).

Assim, os embargos de declaração *“devem ser apreciados com largueza, aclarando pontos do julgado que poderiam acarretar dúvidas em sua execução”* (RTJ 65/170), porque, *“a parte tem direito à entrega da prestação jurisdicional de forma clara e precisa. Cumpre ao órgão julgador apreciar os embargos de declaração com o espírito aberto, entendendo-os como meio indispensável à segurança nos provimentos judiciais”* (RTJ 138/249).

É certo que, na legislação processual comum, a hipótese de efeitos infringentes ou modificativos dos embargos não encontra disposição expressa. Os Tribunais assim têm procedido com base em doutrina e na jurisprudência. Todavia, o Regimento Interno do Supremo, editado em face da autorização constitucional então vigente (CF de 1967), expressamente dispõe no artigo 338:

“Se os embargos forem recebidos, a nova decisão se limitará a corrigir a inexatidão, ou a sanar a obscuridade, dúvida, omissão ou

AP 516 ED / DF

contradição, salvo se algum outro aspecto da causa tiver de ser apreciado como consequência necessária”.

Estabelecidas essas premissas, assentada a jurisprudência desta Corte a respeito da admissibilidade dos declaratórios contra seus julgados e em face da disposição contida na legislação especial que rege os processos e os procedimentos no âmbito do Supremo, mormente no que respeita ao caráter integrativo, mas, também, recursal, conferido aos embargos de declaração, acentuo que não se pode tomar como definitiva a decisão proferida pelo Plenário do Supremo, se o acórdão não transitou em julgado. A outorga de competência ao Supremo para julgar em única ou última instância determinadas causas não confere à sua decisão, por si só, o caráter de definitude do julgado, com menosprezo às normas processuais comuns.

Passando ao tema de fundo, recorro a serem duas as questões jurídicas submetidas à apreciação desta Corte: **1)** a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, ocorrido após o julgamento mas antes da publicação e da republicação do acórdão condenatório; **2)** e a extinção da punibilidade pelo transcurso do prazo da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, considerando-se, inclusive, a idade de 70 (setenta) anos, que o acusado completou no dia seguinte à sessão de julgamento.

Quanto à extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, tendo como fundamento o disposto no artigo 69 da Lei nº 11.941, de 28 de maio de 2009, que assim dispõe, *verbis*:

“Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 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”.

AP 516 ED / DF

É certo ter havido arguição de inconstitucionalidade do referido preceito no bojo da ADI nº 4273-4, ainda em curso nesta Corte. Sua Excelência o Ministro Celso de Mello aprovou aplicar à espécie a regra do artigo 12 da Lei das 9868/99. Assim, não parece razoável afastar a aplicação de dispositivo legal, cuja eficácia não se encontra suspensa, relegando ao segundo plano a presunção de constitucionalidade das leis. Daí a razão pela qual **entendo que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário**, tal como assentado no julgamento do Habeas Corpus nº 81.929-RJ, julgado pela Primeira Turma desta Corte em 27.02.2004, sendo redator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso. Nesse julgamento o Ministro Cezar Peluso trouxe a colação o seguinte excerto doutrinário:

“(...) uma leitura apressada, feita sob a óptica da disciplina do antigo Refis, do novo § 2º do artigo 9º, poderia levar à crença de se tratar de norma que faz referência ao momento final do parcelamento, ou seja, que o final do parcelamento, implicando em pagamento, levaria à extinção da punibilidade. Sim, o entendimento está correto, mas o dispositivo diz mais que isto. Em nosso entender, o dispositivo pode perfeitamente se interpretado de forma a permitir que sempre que houve pagamento, independentemente de ser o momento final do parcelamento, extinta estará a punibilidade e, agora, sem limite temporal, isto é, sem que o recebimento da denúncia inviabilize o efeito jurídico-penal do pagamento integral do tributo.

Esta interpretação se assenta em dois fundamentos. Primeiro deles: na disciplina anterior (do Refis), o § 3º expressamente atrelava a extinção da punibilidade ao pagamento das parcelas, verbis: ‘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’. A nova disciplina é bem diferente sob este aspecto, confira-se:

AP 516 ED / DF

“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” (artigo 9º, § 2º). O segundo deles reside na questão da igualdade: se o agente pode, a qualquer momento, parcelar o débito, suspendendo a punibilidade que, ao cabo do parcelamento, será extinta, com maior razão a mesma extinção deve atingir aquele que opta por, num só ato, pagar integralmente o débito.

Tal qual ocorre relativamente ao parcelamento, a nova disciplina dos efeitos jurídico-penais do pagamento, por ser mais benéfica, retroage atingindo todos os cidadãos que se encontrem nesta situação, **não importando, igualmente, o estágio processual** (art. 5º, XL, CF, art. 2º, CP)” (Heloísa Estellita, “Pagamento e Parcelamento nos Crimes Tributários: a Nova Disciplina da Lei nº 10.684/03, in Boletim IBCCRIM, SP, set. 2003, p. 2-3).

Na disposição legal que serve de fundamento à pretensão do embargante (artigo 69 da Lei nº 11.941/2009) não há qualquer restrição quanto ao momento ideal para o devedor efetuar o pagamento. Não cabe ao intérprete, por isso, impor restrições ao exercício do direito postulado, cumprindo a esta Corte observar o disposto no artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal: “*Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício*”. Aliás, nesse sentido foi a decisão proferida pela Primeira Turma no julgamento do Habeas Corpus nº 85.661/DF, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 19 de dezembro de 2007, quando Sua Excelência assentou, embora se referindo a suspensão de processos criminais em virtude de parcelamento, que a legislação do Refis (Lei nº 10.684/2003) “*aplica-se aos processos criminais pendentes, ou seja, ainda que já se tenha decisão condenatória, desde que não coberta pela preclusão na via recursal*”. É pertinente a observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Habeas Corpus nº 81.929/RJ, julgado em 16 de dezembro de 2003: “*a nova lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos ‘crimes contra a ordem tributária’ é apenas uma forma reforçada de*

AP 516 ED / DF

execução fiscal”.

Portanto, acolho o pedido de extinção da punibilidade em virtude do pagamento do débito tributário.

De igual modo, também tenho como subsistente o pedido de extinção da punibilidade pela prescrição, considerando a penalidade imposta ao agente/embargante, em razão do concurso de crimes (sete anos de reclusão, totalidade) e o benefício decorrente da senilidade (70 anos), idade completada no dia seguinte à sessão de julgamento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, é no sentido de ser considerado o benefício, após o julgamento e na pendência de embargos, como se infere do seguinte julgado:

“(...) Prescrição. Artigo 115 do Código Penal. Aferição da idade na dicção da ilustrada maioria. Afere-se a idade do condenado, para definir-se a prescrição, na data da apreciação do mérito da ação penal. Ainda sob essa óptica, estando pendentes embargos declaratórios quando do implemento da idade, dá-se a incidência do preceito. Entendimento diverso do relator, que leva em conta a faixa etária, para tal efeito, desde que completado o número de anos exigido em lei até o trânsito em julgado do decreto condenatório, nos termos do precedente do Plenário – Extradicação nº 591-0, por mim relatada [Ministro Marco Aurélio], cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 22 de setembro de 1995.” (Habeas Corpus nº 89.969-2/RJ, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 05.10.2007).

Nesse julgado ficou assentada a aplicação do disposto no artigo 115 do Código Penal, tendo em consideração a **pendência do julgamento dos embargos de declaração** quando o acusado/paciente veio a completar setenta anos de idade.

O acórdão proferido na Extradicação nº 591-0, acima mencionado, relator o Ministro Marco Aurélio, tem a seguinte ementa:

AP 516 ED / DF

“Prescrição. Idade do agente. Definição temporal. Enquanto a menoridade é perquirida em face da data em que cometido o crime, a idade avançada o é relativamente ao último provimento judicial. O vocábulo “sentença” empregado no artigo 115 do Código Penal tem sentido amplo. Interposto recurso contra a condenação ou absolvição formalizada na primeira instância, considera-se a idade do agente na data do decreto condenatório a ser executado, presente a circunstância de que o acórdão proferido substitui a sentença atacada quer a reforme ou confirme (artigo 512 do Código de Processo Civil aplicável subsidiariamente).”

(Extradição nº 591-0, relator Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no DJ de 22 de setembro de 1995).

A respeito da controvérsia, Sua Excelência anotou ser esta a melhor interpretação do artigo 115 do Código Penal, a beneficiar aquele que haja cometido crime, devendo ter presente a interpretação teleológica do preceito, bem assim a técnica interpretativa segundo a qual não se pode tomar regra que visa a favorecer o cidadão de modo a prejudicá-lo, restringindo a extensão revelada. Disse então que o artigo 115 do Código Penal, ao remeter à data da sentença, há de ser analisado com visão larga, presente a idade do acusado, considerando não a data do pronunciamento do Juízo, mas aquela em que o **título executivo penal condenatório se torne imutável na vida do recurso**.

Mais recentemente, ao julgar os Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Inquérito nº 2.584/SP, sessão de 16 de junho de 2011, sendo relator o Ministro Ayres Britto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu a tese de extinção da punibilidade pela prescrição, antes mesmo de concluir o julgamento acerca do recebimento da denúncia, porque o investigado teria completado 70 (setenta) anos de idade quando do julgamento dos primeiros embargos declaratórios. Esta Corte, tendo em consideração a pena “in abstrato” e o disposto no artigo 115 do Código Penal, declarou a extinção da punibilidade pela prescrição

AP 516 ED / DF

e concedeu, de ofício, a ordem, conforme preconizado também pela Procuradoria Geral da República.

No que concerne à controvérsia relacionada ao momento da interrupção da prescrição, que foi assentando como sendo a data do julgamento, anatem-se os votos dos Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa, de modo expresso afirmando ser esta a “*praxe da Casa*”. Deveras, não há precedente do Supremo Tribunal Federal estabelecendo outros marcos interruptivos de prescrição, que não fossem aqueles previstos no artigo 117, incisos I a VI, do Código Penal. Consequentemente, também nesse ponto peço vênica para votar em sentido contrário, tendo em conta o preceito legal inscrito no artigo 117, inciso IV, do Código Penal, *verbis*: “Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...) IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”.

In casu, a sessão de julgamento ocorreu em 27 de setembro de 2010 e o acórdão condenatório recorrível foi publicado em 6 de dezembro de 2010, sendo que, em virtude das correções determinadas pelo relator da ação penal após a interposição destes embargos, que foram efetivadas tanto na ata como na composição dos votos, e de modo substancial, fez-se nova publicação do acórdão em 20 de setembro de 2011. Nesta data, se pode vislumbrar a autenticidade e a publicidade da decisão condenatória do acusado/embargante, que completara 70 anos de idade um dia após a sessão de julgamento da ação penal, em 28 de setembro de 2010.

Assim sendo, acolho também o pleito relacionado à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, tendo em conta:

a) a pena de três anos e seis meses para cada um dos crimes (concurso material) e a continuidade delitiva, cuja soma resulta 7 anos de reclusão;

b) o prazo prescricional para cada um dos crimes é de 08 (oito) anos,

AP 516 ED / DF

nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal;

c) em virtude da aplicação do preceito do artigo 115 do Código Penal, esse prazo é reduzido à metade, ou seja, 04 (quatro) anos;

d) o último fato delitivo ocorreu em 2002 e o recebimento da denúncia, primeiro marco interruptivo da prescrição (CP, artigo 117, I) se deu em 19 de fevereiro de 2009, aproximadamente 07 (sete) anos após a prática do último ato delitivo;

e) somente houve recurso da defesa - os embargos declaratórios - razão pela qual se tem a aplicação do disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal - prescrição retroativa, não incidindo na espécie a Lei nº 12.234/2010, que, dando nova redação aos referidos parágrafos do artigo 110 do Código Penal, afastou a possibilidade da contagem do prazo de prescrição ser tomada em razão de fatos anteriores ao recebimento da denúncia ou da queixa. *In casu*, os fatos imputados ao acusado/embargante são anteriores à vigência da nova lei que, sendo norma mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu.

Ex positis, **provejo** os embargos de declaração, para declarar a extinção da punibilidade do embargante em virtude do pagamento do débito tributário (Lei nº 11.941/09, artigo 69); e, acaso **suplantada a tese**, **provejo os embargos** para declarar extinta a punibilidade pela transcurso do prazo da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, nos termos do artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Isso a partir de dados físicos do julgamento?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu estou citando as folhas, inclusive. Se houver alguma dúvida, nós podemos pegar os votos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Está bem.
Não foi apenas um juízo do ministro relator, do Colegiado?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não. Ele, pelo contrário, teve um cuidado extremo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Há uma distinção, permita-me, Ministro **Fux**, entre a publicação e a intimação, inclusive, no que diz respeito à sentença do juiz monocrático, do juiz de primeiro grau.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, sabemos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O Código de Processo Civil distingue a publicidade da intimação. A publicidade, quando o julgamento é em sessão, se dá no dia da sessão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, inclusive, lá no Superior Tribunal de Justiça.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Até jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, lá no STJ...

AP 516 ED / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não se pode confundir: o termo final para a prescrição não é a intimação do julgamento, mas, sim, a sua publicidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu posso até imaginar que deve ter havido - eu não participei na época -, mas posso imaginar que deve ter havido um debate acalorado sobre isso.

Mas, no Superior Tribunal de Justiça, nós verificamos que, na verdade, a lei que rege o recurso cabível era a lei vigente à data da Sessão do julgamento. Essa é a nossa jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A doutrina é a do nosso mestre, José Carlos Barbosa Moreira.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É verdade, e a doutrina dos casos julgados, doutrina também importante, não é?

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REDATOR DO	: MIN. LUIZ FUX
ACÓRDÃO	
EMBTE.(S)	: JOSÉ FUSCALDI CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: CLEVER FERREIRA COIMBRA
ADV.(A/S)	: RICARDO DE OLIVEIRA
EMBTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RÉU(É)(S)	: EDNA MÁRCIA CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA
ADV.(A/S)	: CÉSAR PERES

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Nós temos uma pequena questão regimental: é que eu era Revisor deste processo. Eu sempre fui Revisor do Ministro Ayres Britto. O Regimento diz que o Relator é substituído, na vacância, pelo Revisor; entre outras hipóteses, na vacância (art. 38,I).

Então, pelo menos, neste momento, sou o Relator e teria que começar a votação pela Presidência.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Confirmo integralmente o voto por mim proferido anteriormente e robusteco seus fundamentos com os argumentos aduzidos pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 86.125 (2ª Turma, por votação unânime, DJ de 02.09.2005) no sentido de que *“se ele [o acórdão condenatório] surge antes de fluir o prazo prescricional (...), não há mais cogitar de prescrição da pretensão punitiva. O órgão [jurisdicional] atuou a tempo e modo. O Estado não descuroou de sua função jurisdicional. Está encerrada, portanto, a fase da pretensão punitiva”*.

Acrescento, dada a relevância, o sedimentado entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que a **publicação formal ou oficial do acórdão é dispensável para fins de interrupção do prazo prescricional, bastando a publicação material – que ocorre na própria sessão de julgamento** – para a incidência da causa interruptiva prevista no inciso IV do art. 117 do Código Penal (dentre outros, cito a AP 409, rel. Min. Ayres Britto, DJE nº 141, de 30.07.2010).

Além disso, com a devida vênia daqueles que compreendem de maneira diversa, não vislumbro razoabilidade na adoção de critérios distintos para a interpretação das Leis nº 10.684/03 (também conhecida com PAES – “Parcelamento Especial” – ou “REFIS 2 - Programa de Recuperação Fiscal 2”) e nº 11.941/09 (vulgarmente chamada de “REFIS 4” ou “REFIS da crise”, em alusão aos débitos tributários oriundos da crise econômica de 2009).

Como se não bastasse o fato de que ambas as leis têm como objeto precípua a fixação de regras inerentes ao **parcelamento** de débitos tributários, esta Corte já se manifestou no sentido de que **o artigo 68 da Lei nº 11.941/2009 trata da mesma matéria regradada pelo artigo 9º da Lei nº 10.684/2003**, conclusão esta que motivou o Ministro Celso de Mello a

AP 516 ED / DF

julgar **prejudicada** a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.002 (DJE nº 236, divulgado em 16.12.2009), ajuizada pelo Procurador-Geral da República com vistas ao reconhecimento da inconstitucionalidade do aludido **art. 9º em sua totalidade, tanto do caput quanto dos seus parágrafos** (conforme consta da petição inicial). Destaco da referida decisão:

“Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, **com o objetivo de impugnar a validade jurídico-constitucional do art. 9º da Lei Federal nº 10.684, de 30 de maio de 2003.**

Observo, no entanto, **que, com a superveniência da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 – que, em seu art. 68, disciplinou, de maneira integral, a mesma matéria até então regulada no art. 9º da Lei nº 10.684/2003 –, a regra legal ora questionada na presente sede de controle normativo abstrato restou tacitamente revogada.**

Sendo esse o contexto, entendo aplicável, à espécie, o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, cujas reiteradas decisões, no tema, têm reconhecido a ocorrência de prejudicialidade da ação direta, quando, após o seu ajuizamento, **sobrevém a cessação de eficácia das normas questionadas em referido processo objetivo, como sucedeu, no caso, com o art. 9º da Lei nº 10.684/2003**”.

Ainda que tal entendimento seja contrariado ou superado, não há como considerar a causa extintiva de punibilidade prevista no § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03 (“pagamento integral dos débitos”) como um instituto autônomo, dissociado dos parâmetros formais que nortearam não apenas a redação do *caput* do mesmo artigo, mas também da própria Lei como um todo.

Como se sabe, constitui regra basilar de exegese legislativa o critério de interpretação concêntrica, de modo que o *caput* é o núcleo referencial interpretativo, cabendo às suas subdivisões (parágrafos, incisos e alíneas) as funções de circunstanciar, integrar, detalhar e exemplificar o *caput*, sendo certo que as possibilidades de interpretações mais benéficas aos

AP 516 ED / DF

réus não podem ser irrestritas de modo a tornar inócua a própria norma.

Por fim, admitir-se a possibilidade de extinção da punibilidade em decorrência do pagamento integral dos débitos posteriormente à condenação equivaleria à submissão estatal ao achincalhamento provocado pela desarrazoada renitência de um réu que se esquia do cumprimento de seus deveres de todas as formas possíveis e, somente após a mobilização do aparato judiciário e com a superveniência de uma condenação, age para se eximir da responsabilidade que lhe incumbe.

A ofensividade das condutas violadoras de bens jurídicos penalmente tutelados, sobretudo nos crimes contra o erário, impõe pronta resposta estatal, sendo certo que a pena, considerando-se todas as suas razões e finalidades, **deve ter fundamento ético**, o qual jamais pode se confundir com um instrumento estatal de caráter meramente coercitivo destinado à arrecadação de tributos.

Por todo o exposto, ratifico minha manifestação anterior, acompanho o voto do eminente Min. Ayres Britto, rejeito os presentes embargos, indefiro o pedido de declaração da extinção da punibilidade pelo superveniente pagamento do débito tributário e determino, independentemente da publicação de acórdão, a imediata execução da pena privativa da liberdade imposta ao condenado.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu só queria fazer um esclarecimento exatamente nisso.

Eu me baseei numa jurisprudência mais hodierna do Supremo, porque, realmente - e evidentemente me submeterei à decisão do Plenário -, efetivamente, a Lei nº 11.941, de 2009, dispõe que é suspensa pretensão punitiva referente aos crimes previstos, inclusive, a apropriação indébita tributária, porque, como diz o Ministro Sepúlveda Pertence, o que se verificou, aqui, foi uma criminalização no afã de se exacerbar uma execução fiscal. Uma vez pago o débito, a Fazenda Pública descriminalizaria esse ilícito.

Mas, é essa distinção entre a pretensão punitiva e a executória imediata que eu me permito...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Parece ser a chave da questão.

09/05/2013**PLENÁRIO****EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, gostaria de lançar algumas ideias.

A prestação jurisdicional não está aperfeiçoada, tanto que estamos a julgar embargos declaratórios. A culpa não se mostrou, até aqui, selada. Não se pode cogitar de execução do título condenatório. Existem duas espécies de prescrição: a da pretensão punitiva e a da pretensão executória. Da executória, não se trata, não há a menor dúvida.

Princípio abordando a problemática da idade. Creio que é muito importante sermos um tanto quanto acacianos, começando do início, da pretensão punitiva. O que se tem na espécie? No dia 27 de setembro de 2010, houve o julgamento. No dia 28 imediato, o acusado completou – até aqui simples acusado – setenta anos. Indago: é possível considerar a regra consoante a qual, nesses casos, o prazo prescricional é contado pela metade, por já ter o réu mais de setenta anos? Digo que sim. Por quê? Porque, ao disciplinar a interrupção da prescrição, o Código Penal, na versão primitiva, remetia ao fator sentença condenatória. Sentença condenatória simplesmente prolatada? Não. Sentença condenatória recorrível. Veio a Lei nº 11.596/2007 e acrescentou ao inciso IV do artigo 117, como elemento interruptivo da prescrição – antes se mencionava apenas a sentença, que, todos sabem, é pronunciamento do juízo –, a referência, com a disjuntiva "ou", a acórdão – que é a decisão de tribunal, segundo o Código de Processo Civil. Foi além – e se tem lei mais benéfica ao réu – o legislador, ao versar a necessidade de publicação. Vou ler o preceito que resultou da lei de 2007, e o julgamento é de 2010:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

(...)

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

Dir-se-á: "Mas, na data do julgamento, ele não tinha setenta anos."

AP 516 ED / DF

Ocorre que os completou quando ainda se versava a prescrição da pretensão punitiva, no dia imediato ao do julgamento e bem antes da publicação do acórdão. Por isso, tenho como a incidir, no caso, o inciso IV do artigo 117 do Código Penal.

Há outra problemática, e creio que o ministro Luiz Fux acolhe os embargos declaratórios.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na verdade, Vossa Excelência adotou metodologia um pouco diversa da minha, porque eu me segui pelos embargos. Então, a primeira matéria suscitada foi o pagamento e depois a idade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O pagamento sempre diz respeito ao curso da ação penal, e penso que a prescrição da pretensão punitiva é prejudicial. Mas, quanto a essa segunda parte, endosso as palavras do ministro Sepúlveda Pertence relativamente ao tipo penal coercitivo para ter-se o recolhimento dos tributos...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, Ministro Marco Aurélio, com a vênia de Vossa Excelência, eu poderia ler a parte...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ... reforçando o executivo fiscal.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, essa questão foi discutida aqui.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas a prescrição é matéria de ordem pública.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Mas é precisamente isso que eu me lembro que foi discutido.

AP 516 ED / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É que eu não tive oportunidade, eu também votei nessa parte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se assentarmos que, ortodoxamente, não é o caso de embargos declaratórios, podemos implementar a ordem de ofício. Em todo e qualquer processo, isso se mostra possível.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu gostaria, então, de fazer uma digressão sobre esse aspecto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quanto a esse segundo aspecto, Presidente, o texto da lei referida pelo ministro Luiz Fux, a de nº 10.684/2003, é categórico ao revelar que se extingue a punibilidade – e continuamos no campo da punição, não estamos a cogitar de execução de título judicial condenatório...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aliás, sobre esse aspecto, Ministro Marco Aurélio, só para acrescentar ao que Vossa Excelência está dizendo, no meu modo de ver, a doutrina toda se refere à pretensão punitiva como pretensão punitiva e pretensão executória, toda a doutrina.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Exato. Então, o preceito da Lei nº 10.684/2003 é linear: extingue-se a punibilidade pela liquidação.

Ora, se não é dado ainda cogitar de execução da decisão do Supremo – e causou-me espécie o que assentado pelo ministro Ayres Britto, que, sendo o Supremo órgão de cúpula e não existindo acima dele outro órgão para rever as respectivas decisões, então o julgamento é peremptório, definitivo, e pode ser executado de imediato – e se houve a liquidação do débito, incide a norma.

Por isso, para não utilizar a palavra novamente, acompanho o

AP 516 ED / DF

ministro Luiz Fux, provendo os declaratórios.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Eu gostaria de lembrar que, no que diz respeito à questão da extinção da punibilidade pelo implemento da idade, a jurisprudência da Corte tem o entendimento de que a publicação formal ou oficial do acórdão é dispensável para fins de interrupção do prazo prescricional, bastando a publicação material, ou seja, a que ocorre na própria sessão de julgamento, que foi o caso ocorrido neste processo. E o precedente é a Ação Penal nº 409, da relatoria, por coincidência, do Ministro Carlos Britto.

Então, nós temos duas questões.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu não me manifestei sobre a outra.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Há uma outra questão, Senhor Presidente, que, talvez, elimine uma série de debates, porque são dados fáticos.

O embargante foi condenado, pelo crime do 168-A, a três anos e, pelo crime do 337-A, a três anos e oito meses. A prescrição, pelo 109, IV, fica, então, em oito anos. Só que, antes do trânsito em julgado, ele completou setenta anos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas é isso! É exatamente isso!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Completou setenta anos no dia seguinte.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

AP 516 ED / DF

No dia seguinte. Mas, agora, o que diz a jurisprudência da Corte?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas antes do trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Antes da publicação.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

A jurisprudência diz que ocorreu uma sessão de julgamento, publicação, segundo essa jurisprudência que estou a evocar, teria ocorrido a publicação na véspera da data em que ele completou setenta anos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, Ministro, eu tenho uma visão diferente do Ministro **Marco Aurélio** quanto à publicação.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Então, esse argumento de que ele teria completado setenta anos e, portanto, incidiria a prescrição pela metade...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, mas eu estou me referindo aos marcos interruptivos. Eu entendo que o prazo se interrompe na data da própria sessão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ainda estamos a versar a prescrição da pretensão punitiva e não a executória. E há a regra quanto à prescrição da pretensão punitiva.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não é executória, exatamente.

Então, eu discordo do Ministro **Marco Aurélio** em relação à publicação ser a publicação oficial. Entendo que a publicação se dá na sessão.

AP 516 ED / DF

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Na sessão de julgamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O que se faz pelo Diário Eletrônico, pelo Diário Oficial, é a intimação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Tempo para a interposição de recursos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu não quero esgrimir esse debate, Presidente, nem o debate do pagamento, porque entendo que não houve o trânsito em julgado da ação.

Ao completar o réu setenta anos antes do trânsito em julgado - portanto, não há que se falar em PPE (prescrição da pretensão executória), é PPP (prescrição da pretensão punitiva), porque ainda há os embargos declaratórios -, cai para quatro anos a prescrição. Caindo para quanto anos, tendo em conta que o fato foi em abril de 2003 e o recebimento da denúncia em fevereiro de 2009.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Seis anos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

As duas decisões, **in concreto**, estão prescritas. Assim esse debate sobre a publicação fica prejudicado, porque não houve o trânsito. Mas eu estou, sem adiantar o voto, trazendo essa questão para o debate.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu também não concordo com a publicação oficial como sendo necessária. A publicação se dá na sessão, mas o problema...

AP 516 ED / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas eu acho que o problema não é esse, sabe por quê? Porque, qualquer que seja o entendimento sobre a publicação, a verdade é que ambas as correntes estão de acordo, no sentido de que não transitou em julgado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não transitou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Portanto, não há a prescrição da pretensão executória...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Não transitou, e, provavelmente, jamais transitará.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Há prescrição da pretensão punitiva.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ... só da punitiva, e, quanto à punitiva, há a regra da redução dos prazos pela metade, quando o réu tem setenta anos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não sei. É aquilo que eu disse, Senhor Presidente, eu estou atuando num processo que eu não julguei. A parte, por exemplo, relativa à essa questão da idade - eu pedi vista de uns embargos de declaração -, ao que eu pude depreender, é o seguinte: que a jurisprudência do Supremo Tribunal sobre o tema é no sentido de ser considerado o benefício após o julgamento e na pendência dos embargos.

Aí eu fui à jurisprudência:

É prescrição, artigo 115 do Código Penal, aferição da idade na dicção da ilustrada maioria. Afere-se a idade do condenado, para definir-se a prescrição na data da apreciação do mérito da ação penal. Ainda sob essa ótica, estando pendentes embargos declaratórios, quando do implemento

AP 516 ED / DF

da idade, dá-se a incidência do preceito. Entendimento diverso do Relator que leva em conta a faixa etária para tal efeito, desde que completado o número de anos exigidos em lei até o trânsito em julgado do decreto condenatório, nos termos do precedente do Plenário, Extradicação nº 591, Ministro Marco Aurélio. Nesse julgado, ficou assentada a aplicação do disposto no artigo 115 do Código Penal, tendo em consideração a pendência do julgamento dos embargos de declaração. Foi isso que me chamou a atenção.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Ministro, o dispositivo legal é claríssimo - é claríssimo. Eu leio o que diz o Código Penal...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Presidente, não diga isso não, não diga porque há vozes no Plenário em sentido diverso!

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Olha, vamos ler o que diz o Código Penal...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Deixa eu só concluir a ementa.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Artigo 115:

"São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença" - neste caso a sentença se deu na véspera da data em que o acusado completou setenta anos - "maior de 70 (setenta) anos."

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o Código Penal é um sistema. Na interpretação sistemática, vamos dissociar essa regra do artigo 115 da revelada no artigo 117? O sistema não fecha.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

AP 516 ED / DF

Olha, nós precisamos é zelar pela... Vamos prosseguir o julgamento?
Ministra Rosa?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, deixa eu só terminar esses trechos aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, que culpa teve o acusado de só termos julgado em 2010?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu pedi vista dos embargos de declaração, trouxe a primeira temática: pagamento de débito tributário antes do trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - E nós temos de fazer justiça criminal, esse é o grande problema.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Dois:

"PRESCRIÇÃO. IDADE DO AGENTE. DEFINIÇÃO TEMPORAL. Enquanto a menoridade é perquirida em face da data em que cometido o crime, a idade avançada o é relativamente ao último provimento judicial. O vocábulo "sentença" empregado no artigo 115 tem sentido amplo. Interposto recurso contra a condenação ou absolvição formalizada na primeira instância, considera-se a idade do agente na data do decreto condenatório a ser executado, presente a circunstância de que o acórdão proferido substitui a decisão atacada, quer a reforme quer a confirme."

Assim, decidiu-se nessa extradição.

Então, eu digo:

A respeito da controvérsia, Sua Excelência anotou ser esta a melhor interpretação do artigo 115 a beneficiar aquele que haja cometido crime, devendo ter presente a interpretação teleológica do preceito, bem assim a técnica interpretativa, segundo a qual não se pode tomar regra que visa

AP 516 ED / DF

favorecer o cidadão de modo a prejudicá-lo, restringindo a extensão revelada. Disse, então, que o artigo 115 do Código Penal, ao remeter a data da sentença, há de ser analisado com visão larga, presente a idade do acusado, considerando não a data do pronunciamento, mas aquele em que o título executivo penal condenatório se torne imutável na via do recurso.

Eu cheguei aí, quer dizer, eu concluí fazendo também esses cálculos que Vossa Excelência fez. Foi condenado em continuidade delitiva a oito anos; então, com relação à prescrição, eu também cheguei a essa conclusão.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Vossa Excelência decreta a extinção da punibilidade pela prescrição?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu provejo os embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
E também em razão do pagamento do tributo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Do pagamento.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência não quer que eu vote hoje.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - É porque eu só olho para a esquerda, Ministro.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas eu vou acompanhar Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Eu ocupei aquela cadeira ali durante um longo tempo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu vou acompanhar Vossa Excelência e o Ministro-Relator.

Em primeiro lugar, porque essa questão da prescrição não está omissa no acórdão; essa questão foi enfrentada adequadamente. Assim, do ponto de vista formal, não há esse vício no acórdão, até porque a extinção da punibilidade pelo pagamento não poderia, logicamente, ter sido analisada, porque o pagamento se deu em data posterior.

O que se poderia imaginar, aqui, seria uma concessão de *habeas corpus* de ofício para declarar extinta a punibilidade, em razão de um fato superveniente, mas eu penso que, nesse caso, nem isso é possível.

Quanto à questão da idade, se é certo que existe um prazo que deve ser contado, tendo como termo final o trânsito em julgado, não é menos certo que existe uma causa interruptiva da prescrição, que é a do artigo 117. O artigo 117 do Código Penal, em seu inciso IV, dispõe:

"Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

(...)

IV. pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis." - então não é pelo trânsito em julgado.

Houve uma interrupção da prescrição pela publicação do acórdão, e, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que foi reafirmada nesse mesmo julgamento, a publicação ocorre na data da

AP 516 ED / DF

própria sessão de julgamento. Ou seja, na data da sessão, interrompeu-se o curso do prazo prescricional. O termo **ad quem**, portanto, é a data da sessão. Foi isso que foi decidido, claramente, nesse caso. Não podemos desconhecer essa causa interruptiva que se dá, não pelo trânsito em julgado, mas pela própria sessão de julgamento.

No que se refere ao pagamento: o pagamento é uma causa extintiva da punibilidade. A questão aqui é pertinente. Deve-se fazer a distinção entre a extinção da pretensão punitiva e da pretensão executória. Qual é o marco divisor? No meu entender, não é o trânsito em julgado. O trânsito em julgado é uma condição, um requisito, para desencadear o início das atividades relacionadas com a pretensão executória, mas isso não quer dizer que a pretensão executória já não exista antes. A pretensão executória, em tese, existe a partir da sentença condenatória.

Então o trânsito em julgado, aqui, mais uma vez, não é significativo. E, aqui, portanto, a questão se resume em saber se essa hipótese de extinção de punibilidade, do artigo 69 da Lei nº 11.941/2009, ela alcança apenas a pretensão punitiva ou ela alcança, também, a pretensão executória. E, nesse caso, me parece que está claro, no artigo 68, que ela alcança apenas a pretensão punitiva.

De modo que a pretensão punitiva ocorre até a sessão de julgamento. A punição ocorreu com a sentença condenatória, que foi publicada na sessão de julgamento. Certo ou erradamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera publicada a condenação na data do julgamento.

Assim, a partir daí, tudo que se pode cogitar é de pretensão executória. Se o pagamento se deu depois da aplicação da punição, só poderia ocorrer hipótese de extinção da pretensão executória, que não é alcançada, como se viu, pelo artigo 69.

De modo que, pedindo vênias aos Colegas que divergiram, eu acompanho o Relator, por essas razões.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, também peço vênia à divergência e acompanho o voto do Relator. Eu até trouxe algumas considerações por escrito, mas vou me eximir de lê-las, porque faço a mesma distinção entre a pretensão punitiva e a pretensão executória. Entendo que, no caso, o marco para que nós consideremos a idade como causa de redução do prazo prescricional é a data do julgamento, seguindo a jurisprudência do Supremo.

Então, nessa linha, acompanho o voto do Relator e peço vênia à divergência.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu também preparei um voto focado na questão do pagamento do tributo, porque há muito eu tenho dito, seja neste Plenário, seja na Turma, que o legislador pátrio, em matéria de crime de ordem tributária, de sonegação, optou por fazer da lei penal uma **longa manus** da execução fiscal. Já disse isso várias vezes, tanto aqui quanto na Turma. Surgiu agora o tema da prescrição, mas, como esse tema do pagamento a mim basta para acolhermos os embargos, vou me centrar nele.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Como já tive a oportunidade de sustentar, penso que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo.

Como referido por **Luiz Flávio Gomes et al.** (Os crimes tributários e a extinção da punibilidade. **Conjur**, 17/3/11),

“é da tradição jurídica brasileira a previsão de causas extintivas da punibilidade pelo pagamento, jungidas aos crimes materiais contra a ordem tributária, tendo em conta a particularidade do bem ofendido (o patrimônio público). Por razões de política criminal (e arrecadatória) do Estado[,] quase sempre se preferiu receber o **quantum** devido [a se aguardar] processo ou condenação criminal. Os tributos custeiam serviços públicos essenciais. Melhor arrecadá-los que condenar criminalmente o contribuinte. Muitos veem nisso um privilégio odioso, que favorece precisamente os mais aquinhoados.”

Comungo dessa linha de pensamento. Ressalto, porém, que se trata de opção que, a meu ver, não se submete ao aventado controle de constitucionalidade, estando dentro da discricionariedade conferida ao Parlamento - até porque quem pode o mais pode o menos.

Se é dado ao legislador até mesmo revogar a norma penal, ou conceder anistia a determinadas violações sancionadas no ordenamento jurídico, qual seria a vedação de ordem material a impedir, nos crimes contra a ordem tributária, que se privilegiasse, por opção política do legislador, o reforço ao erário em detrimento da imposição de uma pena

AP 516 ED / DF

ao contribuinte renitente?

Como é cediço, o arcabouço normativo dos delitos contra a ordem tributária e previdenciária encontra-se na Lei nº 8.137/90, bem como nos dispositivos dos arts. 168-A; 334, segunda parte, e 337-A, do Código Penal.

Cuida-se, em regra, de crimes de resultado, também denominados materiais ou causais pela doutrina, para cuja consumação se exige, necessariamente, a produção de um resultado naturalístico - no caso, de efetivo dano ao erário, com prejuízo à atividade fiscal do Estado.

Como referido por **Luiz Regis Prado (Direito Penal Econômico. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 269)**, “a atividade tributária do Estado dá lugar a uma política fiscal, que é um dos instrumentos fundamentais da formulação de sua política econômica global”.

Destaca aquele autor, ainda, que “a legitimidade constitucional para a tutela da ordem tributária radica no fato de que todos os recursos arrecadados se destinam a assegurar a finalidade inerente ao Estado democrático e social de Direito, de modo a propiciar melhores condições de vida a todos (...)”.

Daí a opção política do legislador, desde longa data, por privilegiar a arrecadação estatal, utilizando-se da coação penal como um meio para obter a satisfação integral do débito tributário – evidentemente que junto àqueles que, embora possuindo recursos financeiros para tanto, se furtem ao recolhimento dos impostos e contribuições devidos.

Em vez da efetiva execução de penas privativas de liberdade contra o sonegador, com todos os custos sociais daí decorrentes, privilegiou-se a política arrecadatória, com a possibilidade de extinção da punibilidade do agente, desde que satisfeita integralmente a obrigação (entendida como incluindo os acréscimos pecuniários decorrentes da mora, os quais, precisamente, o legislador fixou de modo mais rigoroso e severo).

Nesse contexto, desde a Lei nº 4.357, de 16/7/1964 - com a redação primitiva do § 1º de seu art. 11 -, estava prevista a extinção da punibilidade do crime, “pela existência, à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante a Fazenda Nacional, autarquias federais e

AP 516 ED / DF

sociedades de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhidos”.

Por outro lado, na Lei nº 4.729, de 14/7/65, que definiu pela primeira vez o **crime de sonegação fiscal**, alterando a política arrecadatória, estabeleceu o legislador, em seu art. 2º, igualmente, a possibilidade de alcançar o devedor tributário a extinção da punibilidade pelos atos praticados “quando promove[sse] o recolhimento do tributo devido”, agora, porém, condicionado ao fato de que o fizesse “antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”.

Surgiu, então, no art. 18, **caput**, do Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, norma mais ampla (que penso haver inspirado o legislador na redação do § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03):

"Art. 18 - Nos casos de que trata a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, [que se refere à sonegação fiscal] também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-lei nº 6262, de 21 de novembro de 1966, ou deste Decreto-lei, ou, não estando julgado o respectivo processo[,] depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade da primeira instância" (destaque nosso).

Repete-se, então, na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações e Consumo (Lei nº 8.137, de 27/12/1990), em seu art. 14, análoga regra extintiva da punibilidade - novamente com vistas ao incremento da arrecadação, em detrimento da efetiva sanção do infrator - “quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

Parte desses dispositivos, porém, foi expressamente revogada pela

AP 516 ED / DF

Lei nº 8.383/91.

O art. 34 da Lei nº 9.249, de 26/12/95, em conformidade com o que dispunha a Lei nº 8.137/90, restabeleceu a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes de resultado, desde que esse se fizesse, de modo integral, até o recebimento da denúncia:

“Art. 34 - 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.”

O art. 168-A, do Código Penal, versado nestes autos, também regulamentou causa extintiva da punibilidade em seu § 2º, prevendo a extinção da punibilidade do agente quando ele “espontaneamente declarar, confessar e pagar os valores devidos, inclusive com os acessórios, antes do início da ação fiscal”, entendendo a doutrina esse momento como sendo aquele da notificação pessoal do contribuinte da instauração da ação fiscal.

Igual previsão especial para a extinção da punibilidade, também tendente à proteção do erário, desta feita, contudo, sem a necessidade de implementação efetiva do pagamento, mas como conduta facilitadora da ação da autoridade fiscal, foi estabelecida no art. 337-A do Código Penal.

Nesse caso, o § 1º da citada norma penal, prevê a ocorrência da extinção da punibilidade “desde que, espontaneamente, o agente declare e confesse, antes do início da ação fiscal, as contribuições, as importâncias ou valores, prestando todas as informações devidas à Previdência Social”.

Feita essa digressão histórica, anoto que houve, contudo, significativa alteração do tema em exame, tendo-se avançado na opção política arrecadatória do Estado com a edição da Lei nº 10.684/03, que, especificamente no § 2º de seu art. 9º, estabeleceu, agora de forma muito mais ampla, a possibilidade da ocorrência da extinção da punibilidade dos crimes tributários simplesmente com o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios,

AP 516 ED / DF

por parte do agente:

“Art. 9º 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. 168A e 337A 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” (destaque nosso).

O pagamento, qualquer que seja o tempo em que realizado, tem, a partir de então, efeito extintivo da punibilidade.

Nesse sentido, o HC nº 81.929/RJ (Primeira Turma, Relator para o acórdão o Ministro **Cezar Peluso**, DJ de 27/2/04):

“AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.”

Cita o Ministro **Cezar Peluso**, em seu judicioso voto, a lição de **Heloisa Estellita**, para quem,

“sempre que houver pagamento independentemente de ser o momento final do pagamento, extinta estará a punibilidade e, agora, sem limite temporal, isto é sem que o recebimento da denúncia inviabilize o pagamento integral do

AP 516 ED / DF

tributo” (pagamento e parcelamento nos crimes tributários e nova disciplina da Lei nº 10.684/03, Boletim IBCCRIM, p. 2 e seguinte, set. 2003).

No mesmo sentido:

“AÇÃO PENAL. Crime tributário. Não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas aos empregados. Condenação por infração ao art. 168-A, cc. art. 71, do CP. Débito incluído no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS. Parcelamento deferido, na esfera administrativa pela autoridade competente. Fato incontestável no juízo criminal. Adesão ao Programa após o recebimento da denúncia. Trânsito em julgado ulterior da sentença condenatória. Irrelevância. Aplicação retroativa do art. 9º da lei nº 10.684/03. Norma geral e mais benéfica ao réu. Aplicação do art. 2º, § único, do CP, e art. 5º, XL, da CF. Suspensão da pretensão punitiva e da prescrição. HC deferido para esse fim. Precedentes. No caso de crime tributário, basta, para suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, tenha o réu obtido, da autoridade competente, parcelamento administrativo do débito fiscal, ainda que após o recebimento da denúncia, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (HC nº 85.643/RS, Primeira Turma, da relatoria do Ministro **Cezar Peluso**, DJ de 1º/9/06).

Nessa mesma linha, as anotações de **José Paulo Baltazar Junior** (**Crimes federais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 69):

“(…)

Havia, porém, dois casos em que a Lei 10.684/03 teve relevância para o delito do art. 168-A. Primeiro, em caso de pagamento integral, **a qualquer tempo**, mesmo depois do recebimento da denúncia, o que possibilitava a extinção da punibilidade com fundamento na Lei 10.684/03 (STJ, HC 36628/DF, Carvalhido, 6ª T., u., 15.2.05; TFF4, HC 20030401046578-0/SC, Paulo Afonso, 8ª T., u., DJ 26.11.03). O

AP 516 ED / DF

segundo era o caso em que tivesse ocorrido, de fato, o parcelamento, embora vedado em lei, caso em que o agente tinha direito aos efeitos penais daí decorrentes (STF, HC 85.452/SP, Grau, 1ª T., u., 17.5.05; STJ, REsp. 700082/RS, Arnaldo Lima, 6ª T., m., 20.10.05; STJ, RHC 16218/SP, Naves, 6ª T., u., 27.10.05), No mesmo sentido, quando o agente logrou obter o parcelamento pelo REFIS, para o relator: STF, HC 85661/DF, Marco Aurélio, Inf. 407, julgamento prejudicado pelo reconhecimento da prescrição).”

A meu ver, o que o legislador ordinário não limitou não cabe a esta Corte, em substituição a ele, fazê-lo. Anuir com essa hipótese seria admitir a possibilidade de a Corte legislar, o que refoge às suas atribuições constitucionais.

Ademais, não se poderia dar uma interpretação desfavorável da norma ao caso, pois, sem grandes dificuldades, é perceptível que ela é dotada de contornos penais.

Penso que esse posicionamento ainda vige, mesmo depois do advento da Lei nº 12.382/11, e mesmo após condenação com trânsito em julgado.

Por ser norma penal mais benéfica, no que concerne ao pagamento como causa de extinção da punibilidade, passou o § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03 a regular integralmente a matéria (contrariamente às regras previstas na Lei nº 9.249/95 e no § 2º do art. 168-A do Código Penal), permanecendo hígida apenas a hipótese prevista no § 1º do art. 337-A do CP, por não se vincular ao pagamento, de modo, a nesse particular, não sofrer revogação pela **lex mitior**.

O tema, que penso haver-se pacificado, veio, contudo, a sofrer sensível mudança a partir da Lei nº 11.941, de 25/7/09, que, em seu art. 69, estabeleceu, **in verbis**:

“Art. 69 - Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e

AP 516 ED / DF

contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento”.

Diante do quanto regulamentado no art. 68 da Lei nº 11.941/09, que repetiu, na essência, o que anteriormente disciplinado pela cabeça do art. 9º da Lei nº 10.684/03, o eminente Ministro **Celso de Mello** julgou prejudicada a ADI nº 3.002, de sua relatoria, ao argumento de que o art. 68 do novel diploma, de forma tácita, teria revogado a norma do art. 9º do dispositivo pretérito. Anoto, porém, que, atualmente, pende de julgamento a ADI nº 4.273, na qual se busca igual declaração de inconstitucionalidade dos arts. 67, 68 e 69, todos da Lei nº 11.941/09, normas de regência aplicáveis ao embargante (**tempus regit actum**).

É certo que existem aqueles que põem em dúvida se a regra do § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03, para efeitos penais, também se encontraria revogada pela Lei nº 11.941/09, havendo, nesse caso, alteração do rol das causas extintivas da punibilidade por pagamento, já que o art. 69 teria restringido a possibilidade de extinção da punibilidade por pagamento apenas aos débitos submetidos a anterior parcelamento, uma vez que já teriam sido revogadas as disposições do art. 168-A, § 2º, do CP e da Lei nº 9.249/95, remanescendo a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito anteriormente parcelado ou sem pagamento de acordo com a regra específica do § 1º do art. 337-A do Código Penal.

Penso, contudo, que melhor teleologia da norma se dê com o entendimento de que o art. 69 da Lei nº 11.941/09, efetivamente, não revogou o § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03, visto que cuidou de situação distinta, o que não resulta, portanto, em revogação da lei primitiva pela posterior, fazendo-se imperioso que, nesse particular, houvesse revogação expressa por parte do legislador, o que não se verificou na espécie.

O legislador originário não tendo revogado expressamente o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, manteve intacta, nesse particular, a regra mais ampla, condicionando a extinção da punibilidade apenas ao pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais até momento anterior ao trânsito em julgado.

A substancial diferença, a meu ver, reside exatamente no fato de que

AP 516 ED / DF

a norma da Lei nº 11.941/09 se refere especificamente aos débitos que tenham sido objeto de anterior parcelamento, enquanto a Lei nº 10.684/03 se aplicava, de forma indistinta, mesmo àqueles débitos que não tivessem sido submetidos ao regime de parcelamento, cuidando-se, portanto, de hipótese mais ampla.

Com a edição da Lei nº 12.382/11 veio à balha, novamente, a perplexidade em torno do tema, disciplinando-se a extinção da punibilidade pelo pagamento do seguinte modo:

“Art. 6º - O art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º:

‘Art. 83. (...)

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no **caput**, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no **caput** quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º **As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos**

AP 516 ED / DF

em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz”
(destaques nossos).

Verifica-se que o legislador tentou, agora, estabelecer novo regramento para a matéria relativa à extinção da punibilidade pelo pagamento, vinculando sua ocorrência, novamente, a termo inicial situado antes do recebimento da denúncia.

Contudo, verifica-se que o art. 34 da Lei nº 9.249/95 já havia sido revogado pelo § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03, o qual, por sua vez, penso, igualmente, não ter sido revogado pela Lei nº 12.382/11.

É aqui necessário fazer a devida distinção entre o pagamento direto (estabelecido na Lei nº 10.684/03) e aquele resultante de parcelamento (disciplinado pela novel Lei nº 12.382/11).

Dessa forma, no meu entendimento, o sistema segue sendo disciplinado, de modo geral, quanto à extinção da punibilidade pelo pagamento, consoante o disposto no art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, com a possibilidade de o pagamento se dar a qualquer tempo, qualquer que haja sido a modalidade de pagamento.

Na hipótese de parcelamento, conforme previsto na Lei nº 12.382/11, se dá a suspensão da pretensão punitiva do Estado, com relação aos crimes tributários, pelo período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento, com a ressalva de que o pedido de parcelamento deverá ter sido formalizado antes do recebimento da denúncia no procedimento penal.

Havendo o inadimplemento pelo contribuinte, ao mesmo tempo que pode o Estado buscar a persecução penal, passa novamente a fluir normalmente o prazo prescricional.

Especificamente em relação aos crimes previdenciários, destaco, ainda, a posição de **Miguel Reale Júnior (Ação fiscal e extinção da punibilidade no crime tributário)**, a qual reputo igualmente válida:

“Há uma manifesta antinomia na Lei nº 10.684/03 de vez que o art. 9º refere-se ao regime de parcelamento dos débitos

AP 516 ED / DF

que configurem o crime previdenciário de apropriação indébita por assemelhação constante do art. 168-A do Código Penal, mas esse parcelamento, com relação às importâncias descontadas do salário dos empregados e não recolhidas aos cofres públicos, foi vetado pelo Presidente da República.

Cumpre, todavia, notar a independência do preceituado no § 2º do art. 9º em face do parcelamento, pois neste parágrafo faz-se referência à extinção da punibilidade dos crimes previstos no **caput**, dentre estes o do art. 168-A do Código Penal, sem relação alguma com o parcelamento, de forma genérica como acima analisado, com o que prevalece a extinção da punibilidade também referentemente ao crime previdenciário descrito no art. 168-A do Código Penal, com a evidente revogação da norma do § 2º do art. 168-A , que estabelecia haver a extinção da punibilidade se o pagamento do débito ocorresse antes do início da ação fiscal.

Por outro lado, se há uma antinomia na lei penal, o conflito é de ser resolvido **favor rei**, com uma interpretação que dê prevalência ao disposto no **caput** do art. 9º e em especial no § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03 e não à circunstância de haver sido vetado o dispositivo que admitia no plano exclusivamente tributário o parcelamento do débito.

A norma de cunho penal não foi vetada, está vigente e é favorável ao réu, razão pela qual sua predominância é obrigatória segundo o princípio **favor rei**, uma das chaves cardeais de interpretação em matéria penal.”

Por essas razões, no meu entendimento, o pagamento integral empreendido pelo réu, em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta (ressalto que, no meu entender, isso possa ocorrer até mesmo em fase posterior, no curso de sua execução), é causa de extinção de sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio, razão pela qual acolho os embargos opostos, de modo que se deve declarar extinta a punibilidade do agente pelo delito que lhe é imputado nos autos.

É como voto.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

**TRIBUNAL PLENO
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL 516
VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu peço vênua à divergência iniciada, mas acompanho o voto do Ministro Ayres Britto, que, neste caso, é também o voto de Vossa Excelência, como atual Relator, do Ministro Teori, no sentido de rejeitar os embargos rigorosamente nos termos expostos nas razões de Vossa Excelência.

xxx

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, vou acompanhar a divergência pelos dois motivos. Primeiro, reconhecendo a ocorrência da prescrição, e trago à baila um acórdão que me parece muito paradigmático, pedagógico até, do Ministro Sepúlveda Pertence, reconhecidamente um dos Ministros que mais era versado em Direito Penal. Esse acórdão foi tirado do Pet-AgR 1.079, embora se tratasse de uma pena de multa, o Ministro-Relator - e, evidentemente, esse acórdão foi acolhido pela Casa - assentou o seguinte:

“O trânsito em julgado da decisão condenatória constitui o termo inicial do prazo para a satisfação da pena - no caso, pena de multa -, cuja exaustão, de sua vez, é pressuposto da execução compulsória”.

Aí, diz ele em seguida:

“Para esse efeito, não é dado reputar transitado em julgado a decisão que, embora proferida em instância única pelo Supremo Tribunal Federal, está sujeita a embargos de declaração, pois do seu julgamento pode, eventualmente, decorrer a alteração do julgado”.

Como não houve trânsito em julgado ainda entre o recebimento da denúncia e a data dos fatos, a meu ver, tendo em conta a redução pela metade do prazo prescricional, em virtude da idade do réu, ocorreu de fato a prescrição.

De outra parte também, sensibilizado pelo voto, a meu ver, muito aprofundado e vertical do Ministro Luiz Fux, e, agora, complementado de maneira, a meu ver, também, *data venia*, exemplar pelo Ministro Dias

AP 516 ED / DF

Toffoli, extinguiu-se a punibilidade pelo pagamento do débito. Isso está exposto, com todas as letras, no parágrafo 2º, artigo 9º, da Lei 2.684/2003.

E o Ministro Dias Toffoli, agora, de forma, a meu ver, muito consistente, demonstrou, de forma satisfatória, que a lei superveniente, em seu artigo 68, tratou apenas dos parcelamentos, e não teve o condão de revogar esta extinção da punibilidade prevista pelo artigo 9º, inciso II, do referido diploma legal.

Portanto, com a devida vênia, acompanho a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux.

09/05/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REDATOR DO	: MIN. LUIZ FUX
ACÓRDÃO	
EMBTE.(S)	: JOSÉ FUSCALDI CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: CLEVER FERREIRA COIMBRA
ADV.(A/S)	: RICARDO DE OLIVEIRA
EMBTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RÉU(É)(S)	: EDNA MÁRCIA CESÍLIO
ADV.(A/S)	: ABELARDO DE LIMA FERREIRA
ADV.(A/S)	: CÉSAR PERES

VISTA

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, toda a discussão, aqui, travou-se sobre o artigo 68 da Lei nº 11.941/2009.

O voto do Ministro Dias Toffoli trouxe um argumento, sobre o qual gostaria de meditar a respeito: o de que essa lei se referiria apenas à hipótese de parcelamento, e não a pagamentos, como parece que ocorreu. Aqui, não se tratava de um débito parcelado, mas de um pagamento sem parcelamento.

De modo que, se Vossa Excelência permitir e os Colegas permitirem, eu vou pedir vista.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

EMBTE.(S) : JOSÉ FUSCALDI CESÍLIO

ADV.(A/S) : ABELARDO DE LIMA FERREIRA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : CLEVER FERREIRA COIMBRA

ADV.(A/S) : RICARDO DE OLIVEIRA

EMBTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

RÉU(É)(S) : EDNA MÁRCIA CESÍLIO

ADV.(A/S) : ABELARDO DE LIMA FERREIRA

Decisão: De início, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu o pedido de sustentação oral formulado pela defesa. Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), rejeitando os embargos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.12.2011.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Luiz Fux, que acolhia os embargos de declaração, no que foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e colhidos os votos dos Ministros Joaquim Barbosa (Presidente), Rosa Weber e Cármen Lúcia, rejeitando os embargos, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 09.05.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

26/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI: 1. Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão cuja ementa é a seguinte:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DETENTOR DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DA CO-RÉ. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PENA DE 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, TOTALIZANDO 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESSENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS EM ½ (UM MEIO) SALÁRIO MÍNIMO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. *SURSIS*. DESCABIMENTO.

2. Sustenta o embargante, em suma, que: (a) se operou a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, por aplicação do artigo 115 do Código Penal, pois já teria completado 70 anos na data do julgamento, e

AP 516 ED / DF

(b) o acórdão embargado não apreciou o pedido de extinção de punibilidade em face do pagamento integral do débito fiscal, ocorrido antes da publicação do acórdão condenatório.

3. Após o voto do Min. Relator Ayres Britto, rejeitando os embargos, houve pedido de vista pelo Min Luiz Fux que, em sessão de 9.5.2013, votou pelo acolhimento dos embargos, para extinguir a punibilidade, sendo acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli. Os Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia acompanharam o voto do relator. Muito embora tenha proferido voto acompanhando o relator, pedi vista para melhor exame dos fundamentos do voto do Ministro Dias Toffoli.

4. As duas questões suscitadas, relativas à extinção de punibilidade, dizem respeito a fatos supervenientes à sessão de julgamento, razão pela qual não configuram, nem poderiam logicamente configurar, omissão sanável por embargos de declaração. Sob esse estrito ângulo, os embargos não comportariam acolhida. Todavia, considerando que a extinção de punibilidade é matéria que pode ser conhecida a qualquer tempo, mesmo de ofício, nada impede que o tribunal sobre ela se pronuncie.

5. No que se refere à alegada prescrição da pretensão punitiva decorrente do fato de ter o acusado completado setenta anos no dia seguinte ao do julgamento, não tem razão a defesa. Conforme referi no voto proferido na assentada anterior, o termo *ad quem* do prazo prescricional é a data da sessão de julgamento da ação penal, e não a do trânsito em julgado do acórdão do STF que impôs a condenação. Essa matéria foi expressa e amplamente debatida no acórdão embargado, tendo sido adotada, no particular, a jurisprudência firmada pelo STF em casos análogos. Nesse sentido: AP 396, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 18.03.2013; HC 70.810, Rel. Min. Celso de Mello, Dj de 01.12.2006, pág. 75; HC 84.606 Rel. Min. Carlos Velloso, Dj de 28.10.2004, pág. 51; HC 67.943, Rel. Min. Paulo Brossard, Dj de 29.05.1990, pág. 6220.

AP 516 ED / DF

Realmente, não se pode confundir a condenação com o trânsito em julgado da decisão condenatória. A condenação é imposta quando ocorre o julgamento da ação penal. O trânsito em julgado não é ato constitutivo de condenação, mas apenas uma qualidade especial da sentença (ou do acórdão): a sua imutabilidade. Em outras palavras, o trânsito em julgado não é elemento integrante da condenação ou do acórdão que a impõe, mas, unicamente, um requisito para autorizar o início da execução, em casos, como o da ação penal, em que não se admite execução provisória da sentença condenatória.

Portanto, imposta a condenação por ocasião do julgamento (27.09.2010), nessa oportunidade operou-se, para todos os efeitos, a causa interruptiva da prescrição prevista no artigo 117, IV, do Código Penal:

“Art. 117: O curso da prescrição interrompe-se:

(...)

IV- pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”.

Qualquer fato superveniente, que possa afetar o prazo prescricional – como o do aniversário de setenta anos do réu – deve ser considerado à luz do novo ciclo prescricional, que se inicia por força do §2º do artigo 117 do Código Penal, a saber:

“§2º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.”

6. Resta examinar a segunda alegação de extinção de punibilidade pelo pagamento integral do tributo. Foi para aprofundar o exame dessa questão que pedi vista, impressionado, sobretudo, pelo voto do Min. Dias Toffoli.

Também nesse ponto, todavia, vou manter a conclusão do voto já proferido. Tem razão o Min. Dias Toffoli ao observar que os artigos 68 e 69 da Lei 11.941/09 tratam da hipótese de extinção de punibilidade em

AP 516 ED / DF

casos de parcelamento de débito tributário, e, não, dos casos em que há o pagamento integral do tributo, em dinheiro, como aqui ocorreu. Segundo seu entendimento, quando há pagamento integral, a extinção de punibilidade decorre da regra geral estabelecida no artigo 9º, § 2º da Lei 10.684/03, que não estabelece prazo para que essa faculdade possa ser exercida pelo acusado. Com base nesse entendimento, o Min. Dias Toffoli concluiu que até mesmo o pagamento ocorrido após a condenação – como no caso – extingue a punibilidade. Quanto a esse ponto, peço licença para divergir. Eis o texto do dispositivo:

“Art. 9º: 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.”

Nada há que autorize, à luz desse preceito normativo a conclusão de que o pagamento de tributo, após a condenação, extingue a pena imposta. Pelo contrário, a interpretação do § 2º, integrado ao seu *caput* e ao § 1º do preceito normativo evidenciam que o legislador está tratando aqui da extinção da pretensão punitiva, não da executória. Sendo assim, o pagamento do tributo que autoriza a extinção de punibilidade (pretensão punitiva) é o realizado até a data da condenação (data da sessão de julgamento que impôs a pena). Esgotada a atividade jurisdicional de imposição da pena – da qual, especialmente quando se trata de condenação imposta pelo Plenário do STF, já não caberá recurso algum –, o que se terá, daí em diante, é o exercício da pretensão executória do

AP 516 ED / DF

Estado, no âmbito do qual será despicienda qualquer discussão sobre extinção da pretensão punitiva. Essa matéria foi adequadamente enfrentada no voto do Ministro relator, ao qual empresto inteira adesão.

7. Ante o exposto, ratifico o voto no sentido de rejeitar os embargos de declaração e indeferir o pedido de declaração da extinção da punibilidade.

É como voto.

26/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, vou pedir vênia ao Ministro Teori para subscrever, no ponto, as razões trazidas pelo Ministro Dias Toffoli.

Independentemente do juízo que se possa fazer sobre a conveniência legislativa, sobre a adequada ou devida conformação, o fato é que o legislador, por uma opção de política legislativa, que, em momentos determinados, acaba por fazê-lo - nós poderíamos até discutir se essa opção, muitas vezes, pode se configurar numa inconstitucionalidade -, mas essa é uma política que muitos Estados, os mais diversos, fazem em momentos determinados.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Digo, em meu voto, que se pode até conceder a anistia. Quem pode o mais, pode o menos. E, aqui, não houve o trânsito em julgado, não se pode falar que estamos em sede de execução, com a devida vênia do Ministro Teori.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como a matéria se coloca nesse plano, tendo em vista inclusive uma política criminal adotada, o legislador poderia até ter eleito um outro momento, e poderia até ser devido a uma eleição, mas, aí, parece-me que também, aqui, há de se considerar o elemento de legalidade estrita, de modo que, nesse ponto, eu vou acolher os embargos, tal como Sua Excelência o Ministro Dias Toffoli, pedindo vênias aos que divergiram.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Na verdade, eu acompanhei o Ministro Fux, que também já acolhia essa tese.

26/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Pois não.

O SENHOR ADVOGADO - Senhor Presidente, Vossa Excelência me concederia uma questão de ordem?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Vossa Excelência poderá formulá-la quando o Ministro Celso de Mello for emitir voto.

O SENHOR ADVOGADO - O Regimento Interno, salvo melhor juízo, prevê que a votação deveria ir até o final, não podendo se interromper mesmo na falta de um Ministro.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Nós estamos numa situação de empate e vamos aguardar o voto do Ministro Celso de Mello.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Faltam dois que vão comparecer na sessão seguinte.

O SENHOR ADVOGADO - Mas a situação de empate, **data venia**, privilegiou a defesa na Ação Penal nº 470, e a defesa pede, então, pelo princípio constitucional da equidade, que se aplique também, nesse caso, essa circunstância. É uma questão constitucional, Excelência.

Tanto o Regimento Interno quanto a Constituição Federal estão favorecendo a defesa, salvo melhor juízo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Ministro Teori, Vossa Excelência, que é o Relator: o ilustre advogado suscita uma questão de ordem sobre a suspensão do julgamento para a colheita do voto do Ministro Celso de Mello. Pelo que eu entendi, Sua Excelência impugna essa suspensão e esse aguardo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, eu penso que o Ministro-Relator é quem deveria votar em primeiro lugar.

AP 516 ED / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Que era o Ministro Ayres Britto.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Sim, mas ele não está mais entre nós.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Quem o sucede na relatoria é o Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, sou eu, eu sucedo o Ministro...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sucede na relatoria não. Foi o primeiro a votar depois do Ministro Ayres Britto.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - O primeiro a votar porque tinha vista.

26/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, na verdade, nós não iniciamos e terminamos o julgamento hoje, esse julgamento, essa etapa de hoje é uma continuação de julgamento. Já, naquela primeira oportunidade, havia um número faltante de Colegas, por diversos motivos justificados, de sorte que, primeiro, colheu-se o voto do Ministro Ayres Britto e, depois, numa outra sessão, foram colhidos os seguintes votos: o meu, o do Ministro Dias Toffoli, o do Ministro Ricardo Lewandowski, o do Ministro Marco Aurélio, o de Vossa Excelência, o da Ministra Rosa Weber, o da Ministra Cármen Lúcia e o do Ministro Teori Zavascki, que, após votar, pediu vista. De sorte que isso é uma continuação de julgamento. Então, o julgamento pode continuar para colher o voto do Ministro Celso de Mello, que participou desde o início dessa ação.

É nesse sentido que eu voto.

26/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

**VOTO
(S/ QUESTÃO DE ORDEM)**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Da mesma forma, Senhor Presidente.

Lembro-me de que na Ação Penal nº 470, o empate, nas situações em que ele ocorreu, salvo engano, decorria da circunstância do Tribunal não estar com a composição completa. Neste julgamento, esta cadeira, que hoje será assumida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, já estaria sendo ocupada pelo Ministro Carlos Ayres. Então, na verdade, está faltando o décimo primeiro, que seria o Ministro Celso. Então, o Plenário está completo. Não se justifica aquele critério da Ação Penal nº 470, porque o número é ímpar. Não chegaremos a uma situação de empate.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E é uma continuidade de julgamento.

26/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, no caso concreto, é importante que o Tribunal fixe a jurisprudência a respeito do alcance desse dispositivo legal, ora debatido, em relação à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

Esse alcance, Senhor Presidente, refletirá em inúmeros processos, de tal sorte que se impõe - e a Corte pode decidir a esse respeito - a suspensão do julgamento até a tomada do voto do Ministro **Celso de Mello**, a fim de definir, de uma vez por todas, o alcance do referido dispositivo para toda a nação brasileira, para todos os casos dessa espécie.

Por essas razões de política judiciária, eu voto acompanhando a proposição do Ministro **Fux**.

26/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, *data venia*, eu vou divergir do eminente Relator e entender que os julgamentos dos embargos integram o julgamento da ação penal.

Este julgamento dos embargos é terminativo e, a meu ver, a falta eventual de um Ministro no Plenário, não pode prejudicar o réu. Nós, na Ação Penal 470, já decidimos que o empate favorece o réu, aplicando, por analogia, o parágrafo único do artigo 146 do Regimento. Portanto, entendo que o empate, neste momento, nos embargos declaratórios, que constituem um julgamento que integra a decisão tomada na ação penal, deve, necessariamente, favorecer o réu.

Este julgamento foi marcado com antecedência, a pauta foi publicada, e, portanto, em matéria penal, a interpretação mais favorável dos dispositivos penais, regimentais ou quaisquer outros deve sempre ser feita em benefício do réu.

Portanto, entendo que, neste caso, o empate beneficia o réu da ação penal em questão.

26/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, fico com a solução dada pelo Ministro Fux, pois estamos, como lembrou a Ministra Rosa, com o **quorum** completo, com todo o quadro de composição, uma vez que o Ministro Britto participou e que podemos aguardar a manifestação do Ministro Celso de Mello. Além do mais, como ressaltou o Ministro Toffoli, é necessário que haja uma definição do Tribunal a propósito da matéria.

26/06/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, continuo convencido de que deve haver sempre, no julgamento de ação penal da competência originária, jurisdição. Não se pode simplesmente declarar empatada a votação e, a partir desse enfoque, observar regras processuais penais que dizem respeito ao *habeas corpus* e à apelação para tribunal revisional. De qualquer forma, teremos a atuação de um grande perito desempatador, o ministro Celso de Mello.

Por isso, não me pronuncio no sentido de definir-se o julgamento – se é possível cogitar de definição de julgamento pelo empate – no sentido de beneficiar o réu.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

EMBTÉ.(S) : JOSÉ FUSCALDI CESÍLIO

ADV.(A/S) : ABELARDO DE LIMA FERREIRA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : CLEVER FERREIRA COIMBRA

ADV.(A/S) : RICARDO DE OLIVEIRA

EMBTÉ.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

RÉU(É)(S) : EDNA MÁRCIA CESÍLIO

ADV.(A/S) : ABELARDO DE LIMA FERREIRA

ADV.(A/S) : CÉSAR PERES

Decisão: De início, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu o pedido de sustentação oral formulado pela defesa. Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), rejeitando os embargos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.12.2011.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Luiz Fux, que acolhia os embargos de declaração, no que foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e colhidos os votos dos Ministros Joaquim Barbosa (Presidente), Rosa Weber e Cármen Lúcia, rejeitando os embargos, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavaski. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 09.05.2013.

Decisão: Prosseguindo no julgamento e colhido o voto-vista do Ministro Teori Zavaski, no sentido de acompanhar o Ministro Ayres Britto (Relator), rejeitando os embargos de declaração, e o voto do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de acolhê-los, verificado o empate na votação, o julgamento foi suspenso para colher o voto do Ministro Celso de Mello, ausente justificadamente. Em seguida, o Tribunal rejeitou, por maioria, questão de ordem suscitada da tribuna pelo advogado de que o empate favoreceria o réu, vencido o Ministro Ricardo Lewandowski. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.06.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavaski.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

05/12/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Em sessão realizada em 27/09/2010, o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal **condenou** José Fuscaldi Cesílio a 7 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa **pela prática, em continuidade, de diversos** delitos de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A, § 1º, I) e de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A, III).

Os delitos em questão **referem-se** a valores devidos a título de contribuição previdenciária **que deixaram de ser recolhidos** ao erário, **no tempo oportuno** (período de janeiro de 1995 a agosto de 2002), por sociedade empresária **na qual** José Fuscaldi Cesílio **exercia** função gerencial.

O crédito relativo às obrigações tributárias em referência **foi constituído** pela autoridade administrativa competente **em 14/03/2003 – Notificações Fiscais de Lançamento de Débito** nº 35.515.023-9 (fls. 28), nº 35.573.745-0 (fls. 52), nº 35.573.750-7 (fls. 86), 35.573.744-2 (fls. 124), nº 35.573.747-7 (fls. 147), nº 35.573.751-5 (fls.1.039) –, **havendo** a empresa contribuinte **deixado** de apresentar a impugnação administrativa cabível (fls. 1.572/1.577).

No dia seguinte àquele em que esta Suprema Corte **proferiu** decisão penal condenatória **contra** José Fuscaldi Cesílio, **o réu condenado**, nascido em 28/09/1940 (fls. 2417), **completou** 70 (setenta) anos de idade. **Quatro dias após** a realização da mencionada sessão de julgamento – em 01/10/2010, **portanto –**, **o crédito tributário** a que se refere a presente ação penal **foi extinto** em razão de seu integral pagamento, **acrescido** dos respectivos consectários (fls. 2.541/2.548).

AP 516 ED / DF

Em 06/12/2010, o acórdão consubstanciador do julgamento **emanado do Plenário** do Supremo Tribunal Federal **foi publicado** no Diário da Justiça eletrônico (fls. 2.395). **Em face** dessa decisão, José Fuscaldi Cesílio **interpôs**, em 10/12/2010, **o presente** recurso de embargos de declaração (fls. 2.408/2.416).

Sustenta a parte embargante, *em síntese*, **a ocorrência**, no caso ora em exame, **de duas causas extintivas da punibilidade: de um lado, a prescrição** da pretensão punitiva do Estado **em razão** da alegada incidência, *na espécie*, da hipótese de redução do prazo prescricional **prevista** no art. 115 do Código Penal; *de outro, a quitação integral* dos débitos tributários em causa, **nos termos** do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003.

Em 20/09/2011, o acórdão ora embargado **foi republicado**, por determinação do Ministro Relator (fls. 2.563), **com o objetivo** de que dele constassem os registros **concernentes** aos debates travados em plenário **a propósito da ocorrência, ou não**, no caso, **da prescrição da pretensão punitiva estatal** (fls. 2.583). **Em 27/09/2011**, a parte embargante **ratificou** os termos do recurso de embargos de declaração **anteriormente** interposto (fls. 2.584).

O eminente Ministro AYRES BRITTO, **na condição** de Relator da presente causa, **proferiu** voto no sentido **de rejeitar** a pretensão ora deduzida pela parte embargante, **no que foi acompanhado** pelos eminentes Ministros TEORI ZAVASCKI, ROSA WEBER, CÁRMEN LÚCIA e JOAQUIM BARBOSA.

O eminente Ministro LUIZ FUX, *por sua vez*, **ao proferir** voto-vista nesta sede processual, **manifestou-se pelo reconhecimento, na espécie, da extinção** da punibilidade do ora embargante, **entendimento também perfilhado** pelos eminentes Ministros DIAS TOFFOLI, RICARDO

AP 516 ED / DF

LEWANDOWSKI, GILMAR MENDES e MARCO AURÉLIO, **sendo importante referir que todos esses votos acolhem** o fundamento concernente à extinção da punibilidade **resultante** do pagamento integral, com todos os seus consectários, da contribuição previdenciária objeto da imputação penal.

Tendo em vista a ocorrência de situação de empate, **e considerando** minha ausência eventual na sessão realizada em 26/06/2013, **o Plenário** desta Suprema Corte **decidiu suspender** o julgamento dos presentes embargos de declaração.

Sendo esse o contexto, passo a apreciar a pretensão deduzida nesta sede processual. E, ao fazê-lo, analiso as questões suscitadas pela parte embargante, cuidando, inicialmente, da alegada prescrição penal resultante da idade do embargante (CP, art. 115), que viria a completar 70 (setenta) anos quando da oposição, por ele, dos embargos de declaração.

Observo que, na sessão plenária realizada em 27/09/2010, José Fuscaldi Cesílio **foi condenado**, em relação a cada um dos crimes que praticou em continuidade delitiva, à pena de 3 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa (fls. 2.578/2.582). **Regulando-se** a prescrição da pretensão punitiva do Estado (prescrição “*in concreto*”), **no caso**, pela sanção imposta ao ora embargante (CP, art. 110, § 1º), **constata-se** que o prazo prescricional, *concretamente considerado*, é de 8 (oito) anos (CP, art. 109, IV), **observado**, na definição desse lapso prescricional, **o que se contém** na Súmula 497/STF.

Os fatos delituosos sancionados pelos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, do Código Penal **reputam-se consumados**, para efeito de contagem do prazo prescricional, **na data** em que constituído definitivamente o crédito tributário relativo à contribuição previdenciária sonegada ou indevidamente apropriada (Inq 2.537-AgR/GO, Rel. Min. MARCO

AP 516 ED / DF

AURÉLIO – HC 92.002/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 169.994/PE, Rel. Min. JORGE MUSSI – HC 153.729/PA, Rel. Min. LAURITA VAZ, *v.g.*). **Desse modo**, a data de 14/03/2003 **caracteriza-se** como o “*dies a quo*” do lapso prescricional aplicável ao caso ora em exame.

O prazo prescricional, considerada a pena concreta aplicada a José Fuscaldi Cesílio, **consumar-se-ia**, portanto, **em 13/03/2011**.

Ocorre, no entanto, que, **antes** dessa data – **mais precisamente** em 19/02/2009 –, **sobreveio** causa interruptiva da prescrição penal (CP, art. 117, I), **caracterizada**, na espécie, **pelo ato de recebimento da denúncia** pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (fls. 1.793/1.824). O lapso prescricional em referência, portanto, **em face** da incidência dessa causa interruptiva, **reiniciou-se**, integralmente, **em 19/02/2009**, data em que, como salientado, a denúncia **foi recebida**.

Na sessão de julgamento realizada em 27/09/2010, esta Suprema Corte **acolheu**, como já **anteriormente** referido, a **pretensão punitiva** deduzida pelo Ministério Público, **ocasião** em que se verificou a ocorrência **de nova** causa interruptiva do prazo prescricional (CP, art. 117, IV), cujo “*dies ad quem*” restou projetado, em consequência, **para a data de 26/09/2018**.

No caso, o acórdão **emanado** do Plenário do Supremo Tribunal Federal, **consubstanciador** da condenação imposta **em sede penal originária**, **foi proferido**, como salientado, **em 27/09/2010**, data em que José Fuscaldi Cesílio *ainda possuía sessenta e nove (69) anos de idade*, sendo certo que o sentenciado veio a **completar** 70 (setenta) anos no dia seguinte, ou seja, **apenas no dia 28/09/2010**.

Vê-se, daí, considerada, unicamente, a situação que venho de expor, **que teria restado íntegra** a pretensão punitiva do Estado, **porque**

AP 516 ED / DF

efetuado o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão pública, **1 (um) dia antes** de atingida a idade de 70 (setenta) anos pelo embargante, que **somente** teria direito à redução da prescrição penal, *pela metade, se, à época da condenação penal, já houvesse* atendido o requisito etário (**70 anos, na espécie**).

Cabe relembrar, por necessário, os inúmeros precedentes firmados por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal que consagraram, em torno da compreensão do art. 115 do CP, diretriz cujos termos apontam a data do julgamento penal como sendo aquela juridicamente relevante para efeito da redução do lapso prescricional (HC 98.418/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 107.498/SP, Rel. Min. AYRES BRITTO):

“‘HABEAS CORPUS’. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. AGENTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS NA DATA DA APELAÇÃO. HIPÓTESE QUE NÃO PREENCHE A FINALIDADE DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. Na data da publicação da sentença condenatória, o paciente ainda não contava 70 (setenta) anos de idade. Situação que não autoriza a aplicação da causa de redução do prazo prescricional de que trata o art. 115 do Código Penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que tal redução não opera quando, no julgamento de apelação, o Tribunal confirma a condenação (HC 84.909, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; HC 86.320, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; HC 71.711, da relatoria do ministro Carlos Velloso; e HC 96.968, da minha relatoria).

2. Ordem indeferida.”

(HC 106.385/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. AGENTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS. ESTATUTO DO IDOSO. REDUÇÃO DE METADE NO PRAZO PRESCRICIONAL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA

AP 516 ED / DF

CONDENATÓRIA.

I – A idade de 60 (sessenta) anos, prevista no art. 1º do Estatuto do Idoso, somente serve de parâmetro para os direitos e obrigações estabelecidos pela Lei 10.741/2003. Não há que se falar em revogação tácita do art. 115 do Código Penal, que estabelece a redução dos prazos de prescrição quando o criminoso possui mais de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória.

II – A redução do prazo prescricional é aplicada, analogicamente, quando a idade avançada é verificada na data em que proferida decisão colegiada condenatória de agente que possui foro especial por prerrogativa de função, quando há reforma da sentença absolutória ou, ainda, quando a reforma é apenas parcial da sentença condenatória em sede de recurso.

III – Não cabe aplicar o benefício do art.115 do Código Penal quando o agente conta com mais de 70 (setenta) anos na data do acórdão que se limita a confirmar a sentença condenatória.

IV – Hipótese dos autos em que o agente apenas completou a idade necessária à redução do prazo prescricional quando estava pendente de julgamento agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário.

V – Ordem denegada.”

(HC 86.320/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

“‘HABEAS CORPUS’. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE SER O AGENTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS NA DATA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente ou superveniente, é aquela que ‘ocorre depois do trânsito em julgado para a acusação ou do improvimento do seu recurso, tomando-se por base a pena fixada na sentença penal condenatória’ (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. Volume 1. 11. ed. Ímpetus: Niterói, RJ, 2009, p. 738). Essa lição espelha o que

AP 516 ED / DF

diz o § 1º do art. 110 do Código Penal: ‘A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada’.

2. No caso, na data da publicação da sentença penal condenatória, o paciente contava 69 (sessenta e nove) anos de idade. Pelo que não há como aplicar a causa de redução do prazo prescricional da senilidade a que se refere o art. 115 do Código Penal. Até porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que tal redução não opera quando, no julgamento de apelação, o Tribunal confirma a condenação (HC 86.320, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; HC 71.711, da relatoria do ministro Carlos Velloso; e AI 394.065-AgR-ED-ED, da minha relatoria).

3. Ordem indeferida, ante a não ocorrência da prescrição superveniente.”

(HC 96.968/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...). ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO IMPROCEDENTE.

.....
A regra da redução pela metade para a contagem do lapso prescricional, prevista no art. 115 do Código Penal, somente é aplicada se o agente tiver 70 anos na data da sentença condenatória.

Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AI 791.656-AgR/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MATÉRIA PENAL AO STJ. TEMAS DISTINTOS DO ‘WRIT’. ESTATUTO DO IDOSO. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INADMISSIBILIDADE.

AP 516 ED / DF

5. A circunstância do critério cronológico adotado pelo Estatuto do Idoso ser de 60 (sessenta) anos de idade não alterou a regra excepcional da redução dos prazos de prescrição da pretensão punitiva quando se tratar de pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória.

.....
7. *'Habeas corpus' não conhecido.*"

(HC 88.083/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

**"AGRAVO REGIMENTAL NO 'HABEAS CORPUS'.
CONSTITUCIONAL. (...). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO
PUNITIVA: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO
PEDIDO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO
QUAL SE NEGA PROVIMENTO.**

.....
2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que o benefício da redução dos prazos da prescrição não é aplicável aos casos em que o agente completa setenta anos de idade depois da publicação da sentença penal condenatória e dos acórdãos que mantiveram essa decisão. Precedentes.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(HC 94.067-AgR/RO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

"'Habeas Corpus'. 2. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. 3. O lapso prescricional somente se reduz à metade se o agente tiver setenta anos na data da sentença condenatória (art. 115, CP). (...). 5. Precedentes. 6. Ordem denegada."

(HC 84.909/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Essa orientação – não custa enfatizar – tem o prestigioso beneplácito do magistério da doutrina (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Tratado Jurisprudencial e Doutrinário", vol. I/1.272-1.273, 2011, RT; PAULO QUEIROZ, "Direito Penal – Parte Geral", p. 423, 4ª ed., 2008, Lumen

AP 516 ED / DF

Juris; ANDRÉ ESTEFAM, “Direito Penal”, vol. 01/464, item n. 5, 2010, Saraiva, v.g.), **valendo referir**, no ponto, **a lição** de ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS (“Manual de Direito Penal – Parte Geral”, p. 624, 2009, Lumen Juris):

*“A segunda hipótese de redução de prazo prescricional prevista nesse dispositivo é quando o agente criminoso possuir, na data da sentença, idade superior aos 70 (setenta) anos. Entendemos que a expressão ‘sentença’ mencionada neste dispositivo **dever ser entendida como a primeira decisão de mérito condenatória proferida no processo.***

*Assim, v.g., caso o agente seja absolvido em primeira instância e condenado em grau de recurso, vindo a completar 70 (setenta) anos após a sentença absolutória, **poderá ser beneficiado com a redução de prazo, pois, na ocasião do acórdão condenatório, tinha 70 (setenta) anos ou mais de idade.***

*Agora, no caso em que o agente é condenado em primeiro grau, ocasião em que não tinha ainda 70 (setenta) anos de idade e, em grau de recurso, sua condenação é mantida, oportunidade em que já completara os 70 (setenta) anos de idade, entendemos que, nesta hipótese, **não se aplica a redução de prazo prescricional.***

Apesar da divergência doutrinária a respeito, entendemos que o Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03, ao dispor em seu art. 1º que idoso é aquele que tem idade igual ou superior aos 60 (sessenta) anos, não derogou o art. 115 do CP, para o fim de viabilizar a redução do prazo prescricional para aquele que tenha 70 (setenta) anos ou mais de idade no momento da sentença condenatória.” (grifei)

É por tal razão que o Supremo Tribunal Federal tem **reiteradamente** proclamado **que a data de realização da sessão pública de julgamento em que proferida a decisão condenatória constitui, ela própria, marco interruptivo do lapso prescricional, e não a data da publicação formal do acórdão (RTJ 62/54 – RTJ 87/827 – RTJ 95/1058 – RTJ 111/644 –**

AP 516 ED / DF

RTJ 137/1215 – RTJ 139/511 – HC 70.641/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

*“**A data** em que o acórdão condenatório – **que reformou** sentença de absolvição – **interrompe** a prescrição **é aquela em que se realizou** a sessão de julgamento na qual o Tribunal **decidiu** o recurso interposto pelo Ministério Público ou por seu assistente, **e não a data em que se deu** a publicação formal de referido acórdão. **Precedentes.**”*

(HC 70.810/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Essa compreensão do tema vem sendo reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal **em diversos precedentes**, nos quais esta Corte **tem assinalado** que, **mesmo** em face do que se contém no art. 117, IV, do Código Penal, **na redação** dada pela Lei nº 11.596/2007, o julgamento, **em sessão pública**, pelo Tribunal, **qualifica-se como causa interruptiva da prescrição penal, independentemente de formal publicação** do acórdão respectivo **(AP 409-AgR-AgR/RO, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julg. em 19/09/2013, HC 103.686/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julg. em 07/08/2012, v.g.):**

“(...) 5. A interrupção da prescrição da pretensão punitiva estatal nas instâncias colegiadas se dá na data da sessão de julgamento, que torna público o acórdão condenatório.

.....
7. Embargos de Declaração rejeitados.”

(AP 396-ED/RO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

O entendimento que venho de expor é também acolhido por eminentes penalistas, todos eles destacando que, para efeito de incidência do inciso IV do art. 117 do CP, **na redação** que lhe deu a Lei nº 11.596/2007, a **interrupção** do lapso prescricional **ocorre na data em que realizada, “coram populo”, a sessão de julgamento pelo Tribunal, mostrando-se irrelevante** o dia em que ulteriormente veiculada a publicação formal do acórdão consubstanciador daquele julgamento público (DAMÁSIO DE

AP 516 ED / DF

JESUS, “Prescrição Penal”, p. 179, 20ª ed., 2011, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, “Curso de Direito Penal”, p. 754, 11ª ed., 2009, Impetus), **valendo reproduzir**, quanto a tal orientação, a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (“Código Penal Comentado”, p. 617, 13ª ed., 2013, RT):

“(...) No tocante ao acórdão, cremos que a tendência deve permanecer a mesma, anterior à Lei 11.596/2007, vale dizer, reputa-se publicado na data da sessão de julgamento pela Câmara ou Turma – afinal, cuida-se de evento público. As partes podem, inclusive, acompanhar o julgamento. Não há a menor necessidade de se aguardar a redação do acórdão e sua publicação em diário oficial (eletrônico ou não). Esta última situação continua a prevalecer para a contagem de prazo para recurso, mas não para interromper a prescrição. (...)”

Ocorre, no entanto, que esta Suprema Corte, **não obstante** os precedentes que venho de mencionar, **tem advertido** que, **se** o condenado vem a completar 70 (setenta) anos **após** a sessão pública de julgamento, **mas opõe** embargos de declaração **reputados admissíveis**, *como sucede na espécie*, **em que busca infringir o julgado** de modo processualmente legítimo, *como se verifica no caso*, **torna-se possível reconhecer** a incidência da norma **fundada** no art. 115 do Código Penal, **pelo fato** de a decisão que apreciar os embargos declaratórios (**que possuem** função integrativo-retificadora e complementar) **substituir** aquela que constituiu objeto de impugnação **mediante** essa mesma modalidade recursal.

E se assim o é, torna-se claro **que assume** relevo jurídico-material a **data** em que atingida a idade de 70 (setenta) anos, **quando ainda pendentes** de julgamento referidos embargos de declaração, **como ocorreu** na espécie em exame, **em que** o ora embargante **já completara** 70 (setenta) anos **ainda na pendência** da análise final de tal recurso.

É forçoso reconhecer que, *nessa específica situação*, **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem aplicado** a causa de redução do lapso prescricional **a que alude** o art. 115 do Código Penal (Ext 591/República

AP 516 ED / DF

Italiana, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Inq 2.584-ED-ED/SP, Rel. Min. AYRES BRITTO):

“(...) Prescrição. Artigo 115 do Código Penal. Aferição da idade na dicção da ilustrada maioria. Afere-se a idade do condenado, para definir-se a prescrição, na data da apreciação do mérito da ação penal. Ainda sob essa óptica, estando pendentes embargos declaratórios quando do implemento da idade, dá-se a incidência do preceito. Entendimento diverso do relator, que leva em conta a faixa etária, para tal efeito, desde que completado o número de anos exigido em lei até o trânsito em julgado do decreto condenatório, nos termos do precedente do Plenário – Extradicação nº 591-0, por mim relatada [Ministro Marco Aurélio], cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 22 de setembro de 1995.”

(HC 89.969/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

Desse modo, e tendo em vista os precedentes ora mencionados, peço vênia para acompanhar, no ponto, o voto proferido pelo eminente Ministro LUIZ FUX, declarando extinta a punibilidade do ora embargante, em virtude da consumação, quanto a ele, da prescrição penal, considerado o que dispõe o art. 115 do Código Penal.

Verifico, de outro lado, no tocante à alegada incidência, no caso ora exame, da causa de extinção da punibilidade a que alude o art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, que também assiste razão à parte embargante.

É certo que os fatos delituosos objeto da presente ação penal foram praticados em momento anterior à vigência da Lei nº 10.684/2003. Não se desconhece, igualmente, que, com a superveniência da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 – que, em seu art. 68, disciplinou, de maneira integral, a mesma matéria até então regulada no art. 9º da Lei nº 10.684/2003 –, esta regra legal restou tacitamente revogada (ADI 3.002-MC/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

AP 516 ED / DF

Entendo, ainda assim, que a norma consubstanciada no § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003, **por revelar-se mais benigna** ao ora embargante, **mostra-se apta** a incidir, *retroativamente*, **porque “lex mitior”**, sobre os fatos delituosos **praticados** por esse mesmo recorrente **em momento anterior** ao da vigência da regra legal em causa.

Impende reconhecer, por necessário, **que a eficácia retroativa e a eficácia ultrativa da norma penal benéfica possuem** extração constitucional, **traduzindo**, sob tal aspecto, **inquestionável** direito público subjetivo **que assiste** a qualquer autor de infrações penais.

Esse entendimento – **que decorre** do exame do significado **e** do alcance normativo da regra consubstanciada **no inciso XL** do art. 5º da Constituição Federal – **reflete-se** no magistério jurisprudencial **firmado por esta** Suprema Corte (**RTJ 140/514**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 151/525**, Rel. Min. MOREIRA ALVES, *v.g.*) **e**, também, **por outros** Tribunais da República (**RT 467/313** – **RT 605/314** – **RT 725/526** – **RT 726/518** – **RT 726/523** – **RT 731/666**):

“O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade (...), a fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da ‘lex gravior’.

A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica – sob cuja égide foi praticado o fato delituoso – deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.”

(**RTJ 186/252**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

AP 516 ED / DF

Vê-se, pois, que a circunstância de ordem temporal decorrente da sucessão de leis penais no tempo revela-se apta a conferir aplicabilidade, **no caso**, às disposições penais **benéficas** contidas no § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003 **em favor** do ora embargante, **eis que, como enfatizado, os fatos delituosos** foram cometidos por esse recorrente **antes da edição** do mencionado diploma legislativo.

Por essa razão, mostra-se inteiramente aplicável à hipótese destes autos **a orientação jurisprudencial** que esta Suprema Corte **firmou no julgamento do HC 81.929/RJ, no sentido** de que a Lei nº 10.684/2003, **tratando-se dos crimes** previstos na Lei nº 8.137/90 (arts. 1º e 2º) e no Código Penal (arts. 168-A e 337-A), **autoriza a extinção** da punibilidade, **nos casos** em que o agente “efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios” (Lei nº 10.684/2003, art. 9º, § 2º), **ainda** que tal pagamento ocorra **após o recebimento** da denúncia:

“AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, c/c art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.”

(RTJ 189/677, Rel. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO – grifei)

Cabe registrar que o eminente Ministro LUIZ FUX, **que iniciou a divergência**, acompanhado dos eminentes Ministros DIAS TOFFOLI, RICARDO LEWANDOWSKI, GILMAR MENDES e MARCO AURÉLIO, **ao reconhecer configurada** essa causa extintiva da punibilidade, **invocou como fundamento** o art. 69 da Lei nº 11.941, de 27/05/2009, **para concluir, tendo em vista a presunção de constitucionalidade** que milita em favor de

AP 516 ED / DF

todos os atos estatais, **inclusive** daqueles de caráter legislativo, que, presentemente, a **quitação integral** dos débitos tributários, “a qualquer tempo, **extingue a punibilidade do crime tributário**”, **apoiando-se**, para tanto, **no precedente** que venho de referir (**HC** 81.929/RJ, Red. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO).

Mostra-se relevante destacar o seguinte fragmento, que, **extraído** do voto do eminente Ministro LUIZ FUX, **bem examinou** esse específico aspecto da questão:

“Na disposição legal que serve de fundamento à pretensão do embargante (artigo 69 da Lei nº 11.941/2009) não há qualquer restrição quanto ao momento ideal para o devedor efetuar o pagamento. Não cabe ao intérprete, por isso, impor restrições ao exercício do direito postulado, cumprindo a esta Corte observar o disposto no artigo 61, ‘caput’, do Código de Processo Penal: ‘Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício’. Aliás, nesse sentido foi a decisão proferida pela Primeira Turma no julgamento do ‘Habeas Corpus’ nº 85.661/DF, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 19 de dezembro de 2007, quando Sua Excelência assentou, embora se referindo a suspensão de processos criminais em virtude de parcelamento, que a legislação do Refis (Lei nº 10.684/2003) ‘aplica-se aos processos criminais pendentes, ou seja, ainda que já se tenha decisão condenatória, desde que não coberta pela preclusão na via recursal’. É pertinente a observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do ‘Habeas Corpus’ nº 81.929/RJ, julgado em 16 de dezembro de 2003: ‘a nova lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos ‘crimes contra a ordem tributária’ é apenas uma forma reforçada de execução fiscal’.

Portanto, acolho o pedido de extinção da punibilidade em virtude do pagamento do débito tributário.” (grifei)

AP 516 ED / DF

Vale ter presente, por oportuno, **que a diretriz jurisprudencial em referência tem sido observada em sucessivos julgamentos proferidos** no âmbito desta Corte **a propósito** de situações assemelhadas à que ora se examina (HC 85.273/SC, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 89.794/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.):

“(...) No caso de crime tributário, basta, para suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, tenha o réu obtido, da autoridade competente, parcelamento administrativo do débito fiscal, ainda que após o recebimento da denúncia, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

(HC 85.643/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

“‘HABEAS CORPUS’ SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DOS EMPREGADOS. PARCELAMENTO E QUITAÇÃO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, POR FORÇA DA RETROAÇÃO DE LEI BENÉFICA.

As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária. Se esta defere a faculdade de parcelar e quitar as contribuições descontadas dos empregados, e não repassadas ao INSS, e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o artigo 9º, § 2º, da citada Lei n. 10.684/03. Este preceito, que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade referente aos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbem: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado artigo 9º.

O paciente obteve o parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas

AP 516 ED / DF

assim não procedeu. A lei nova permite que o faça depois, sendo portanto, 'lex mitior', cuja retroação deve operar-se por força do artigo 5º, XL da Constituição do Brasil.

Ordem deferida. (...)."

(HC 85.452/SP, Rel. Min. EROS GRAU – grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...). QUESTÕES DE MÉRITO: CRIME TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO DO TRIBUTO E CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI FEDERAL Nº 10.684/2003. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

.....
2. *A novel legislação penal que, de qualquer modo, **beneficie o réu** – 'lex mitior' –, **tem incidência retroativa** para alcançar os processos em curso, **à vista** do disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, **devendo o juiz, em face dos termos do artigo 61, 'caput', do Código de Processo Penal, aplicá-la em qualquer fase do processo e, se reconhecer extinta a punibilidade, há de declará-la e de deferir, 'ex officio', ordem de 'habeas corpus'.***

3. *'In casu', a Lei Federal nº 10.684/2003, ao se referir a casos dos crimes descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, **dispôs expressamente em seu parágrafo segundo sobre a extinção da punibilidade dos crimes acima referidos, quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, razão pela qual o Tribunal Regional Federal, ante a comprovação do pagamento do débito tributário pela pessoa jurídica a qual vinculados os agentes, declarou a extinção da punibilidade, o que está em consonância com a jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal: 'Habeas Corpus' nº 81.828-0/RJ, redator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ de 27.02.2004, e 'Habeas Corpus' nº 85.452, relator Ministro***

AP 516 ED / DF

Eros Grau, julgado em 17.05.2005, 'iter alia'.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(RE 575.071-AgR/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

Essa posição tem sido placitada por eminentes doutrinadores (ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA, "Aspectos do Ilícito Penal Tributário" "in" "Tratado de Direito Tributário", vol. II/808-811, 2011, Saraiva; HUGO DE BRITO MACHADO, "Curso de Direito Tributário", p. 513/514, 33ª ed., 2012, Malheiros; FABRÍCIO ANTONIO SOARES, "Crimes Tributários e Previdenciários" "in" "Curso de Direito Tributário Brasileiro", vol. III/713-715, 2ª ed., 2010, Quartier; SILVANA PERUZZATO, "A Extinção e Suspensão da Punibilidade nos Crimes de Sonegação Fiscal e Apropriação Indébita Previdenciária" "in" "Coletânea Jurídica 3", p. 145, 2010, Imprensa Livre), cabendo referir ante a pertinência de que se reveste, o douto magistério de FERNANDO CAPEZ ("Legislação penal especial", p. 83/84, 8ª ed., 2012, Saraiva):

"A Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, instituiu o parcelamento especial (PAES). (...). Referido diploma legal: a) previu a suspensão da prescrição punitiva do Estado enquanto a pessoa jurídica relacionada com o agente estivesse incluída no regime de parcelamento do débito tributário; b) determinou a extinção da punibilidade assim que o sujeito efetuar o pagamento integral dos débitos tributários e seus acessórios. Como se percebe, a lei em estudo admitiu o pagamento do tributo a qualquer tempo. Não dispôs o aludido Diploma Legal acerca de qualquer limite temporal consubstanciado na expressão 'antes do recebimento da denúncia', de forma que o pagamento realizado, inclusive em grau recursal, extinguiria a punibilidade do agente." (grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas e com a devida vênia dos eminentes Ministros que adotam entendimento em sentido contrário, acompanho a divergência iniciada pelo eminente Ministro LUIZ FUX, para declarar extinta a punibilidade do ora embargante, seja em razão da quitação integral do débito tributário **a que se refere a presente ação**

AP 516 ED / DF

penal, seja, *ainda*, por efeito de consumação da prescrição penal **nos termos** do que estabelece o art. 115 do Código Penal.

É o meu voto.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 516

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX

EMBTE.(S) : JOSÉ FUSCALDI CESÍLIO

ADV.(A/S) : ABELARDO DE LIMA FERREIRA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : CLEVER FERREIRA COIMBRA

ADV.(A/S) : RICARDO DE OLIVEIRA

EMBTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

RÉU(É) (S) : EDNA MÁRCIA CESÍLIO

ADV.(A/S) : ABELARDO DE LIMA FERREIRA

ADV.(A/S) : CÉSAR PERES

Decisão: De início, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu o pedido de sustentação oral formulado pela defesa. Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), rejeitando os embargos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.12.2011.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Luiz Fux, que acolhia os embargos de declaração, no que foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e colhidos os votos dos Ministros Joaquim Barbosa (Presidente), Rosa Weber e Cármen Lúcia, rejeitando os embargos, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 09.05.2013.

Decisão: Prosseguindo no julgamento e colhido o voto-vista do Ministro Teori Zavascki, no sentido de acompanhar o Ministro Ayres Britto (Relator), rejeitando os embargos de declaração, e o voto do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de acolhê-los, verificado o empate na votação, o julgamento foi suspenso para colher o voto do Ministro Celso de Mello, ausente justificadamente. Em seguida, o Tribunal rejeitou, por maioria, questão de ordem suscitada da tribuna pelo advogado de que o empate favoreceria o réu, vencido o Ministro Ricardo Lewandowski. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.06.2013.

Decisão: Colhido o voto de desempate do Ministro Celso de Mello, o Tribunal, por maioria, acolheu os embargos de declaração e declarou extinta a punibilidade do embargante, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos os Ministros Ayres Britto (Relator), Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia, que proferiu voto em assentada anterior, e Joaquim



Barbosa (Presidente). Não votou o Ministro Roberto Barroso, por suceder ao Ministro Ayres Britto. Ausente a Ministra Cármen Lúcia, representando o Supremo Tribunal Federal na Reunião do Conselho Científico e na 97ª Sessão Plenária da Comissão de Veneza, na cidade de Veneza, Itália. Plenário, 5.12.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário