

19/05/2015

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.774 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **ARTUR MONTEIRO CORREIA SALES**
ADV.(A/S) : **JOSÉ CARLOS TÓRTIMA E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Constitucional. Penal. Prescrição da pretensão punitiva estatal não consumada. Crime de sonegação fiscal (Lei nº 8.137/90). Consumação do delito com a constituição definitiva do crédito tributário, que é o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional. Inteligência da Súmula Vinculante nº 24/STF. Precedentes. Tese de que a observância da súmula vinculante em questão importaria, no caso concreto, interpretação judicial mais gravosa da lei de regência. Não ocorrência. Verbete que representa tão somente a consolidação da jurisprudência da Corte a respeito do tema. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.

1. Não prospera a tese do recorrente de que a observância do enunciado da Súmula Vinculante nº 24, no caso concreto, importaria interpretação judicial mais gravosa da lei de regência. A Súmula Vinculante em questão é mera consolidação da jurisprudência da Corte, que, há muito, tem entendido que “a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição” (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 1º/7/05).

2. Pretensão de afastar o consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal para fazer prevalecer a consumação da prescrição, que, à luz do entendimento **suso** mencionado, não se efetivou, pois, entre os marcos interruptivos (CP, art. 117) verificados, não transcorreu prazo superior a oito (8) anos, lapso temporal necessário a sua consumação (CP, art. 109, inciso IV), considerando-se a pena

RHC 122774 / RJ

concretamente aplicada.

3. Recurso ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de maio de 2015.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

05/08/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.774 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **ARTUR MONTEIRO CORREIA SALES**
ADV.(A/S) : **JOSÉ CARLOS TÓRTIMA E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido de liminar, interposto por Artur Monteiro Correia Sales contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no HC nº 282.091/RJ, Relatora a Ministra **Regina Helena Costa**.

Alega o recorrente, em linhas gerais, a presença de constrangimento ilegal a ele imposto, tendo em vista o não reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, uma vez que transcorridos mais de dezessete (17) anos entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Assevera, ainda, que

“no longínquo ano de 2000 o ora recorrente havia conquistado o direito de ter extinta a sua punibilidade, uma vez que, à época, vigia a redação originária do art. 110 do CP. A denúncia, portanto, sequer poderia ter sido recebida à luz da antiga redação do art. 43, inc. II do CPP, norma então imperativas” (fls. 166/167 – grifos do autor).

De outra parte, defende a impossibilidade da “aplicação retroativa in malam partem dos efeitos de nova orientação pretoriana, publicada em 19 de fevereiro de 2010, isto é, o teor do enunciado da súmula vinculante nº 24 do STF, cuja eficácia tem força de lei” (fl. 167 – grifos do autor).

RHC 122774 / RJ

Mais adiante, aduz que

“29. O enunciado nº 24, é verdade, não dispôs diretamente sobre os marcos iniciais e interruptivos da prescrição, mas o fez por via reflexa ao determinar que **‘não se tipifica o crime material contra a ordem tributária, antes do lançamento definitivo do tributo’** (grifamos).

30. Ora, se o crime *não se tipifica*, significa que ainda não ocorreu, logo não se pode cogitar do marco inicial do fluxo prescricional.

31. E se for dada a esta nova e vinculante orientação eficácia retroativa, como o fez a colenda 5ª Turma, será inevitável a violação, na prática, do postulado da irretroatividade da norma mais gravosa a todos os que fariam jus à prescrição sob a égide das antigas regras” (fls. 170/171 – grifos do autor).

Requer o recorrente o deferimento da liminar para suspender a execução da pena a ele imposta e, no mérito, pede o provimento do recurso, para que seja extinta sua punibilidade, tendo em vista a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Indeferi o pedido de liminar e, por estar o recurso devidamente instruído, dispensei o pedido de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dr. **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

05/08/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.774 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se o presente recurso contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no HC nº 282.091/RJ, Relatora a Ministra **Regina Helena Costa**.

Consta nos autos que o recorrente teve denúncia recebida em 18/9/09 pela prática dos crimes previstos no art. 1º, incisos I, II e III da Lei nº 8.137/90 entre os anos de 1990 e 1992.

Sobreveio condenação em primeiro grau à pena de três (3) anos e nove (9) meses de reclusão pela prática daqueles crimes.

Segundo a inicial do recurso ordinário,

“em sede de apelação, havia o ora recorrente arguido a ocorrência da extinção da sua punibilidade por decurso do lapso da prescrição, súplica a que foi negado provimento no Tribunal Regional Federal, ao fundamento de que a constituição definitiva do crédito tributário só teria ocorrido em 24 de setembro de 2003, e, apenas a partir desta data teria começado a fluir o prazo prescricional, a teor do disposto no enunciado de nº 24 da Súmula Vinculante desta Corte Constitucional, publicada em fevereiro de 2010 (e-STJ fl. 75).’ (fl. 163).

Consta, ainda, que, “contra o acórdão confirmatório da condenação, o ora recorrente interpôs recurso especial, ainda pendente de ‘análise a sua admissibilidade pela Vice-Presidência daquele TRF (doc. em anexo)’ (fls. 163/164).

Paralelamente ao recurso especial interposto, a defesa impetrou ao Superior Tribunal de Justiça o HC nº 282.091/RJ, indeferido liminarmente pela Ministra Relatora, em decisão assim fundamentada:

RHC 122774 / RJ

“Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **ARTUR MONTEIRO CORREIA SALES**, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Consta dos autos que, o Paciente, com mais três acusados, foi denunciado como incurso no art. 1º, I, II e III da Lei n. 8.137/90, pois teriam entre os anos de 1990 e 1992, efetuado escrituração irregular na empresa por eles administrada, com a finalidade de obter indevida vantagem tributária (e-STJ Fls. 14/16).

Nos autos da Ação Penal n. 006494-77.1998.47.02.5101, a denúncia foi recebida pelo MM. Juízo da 8ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em 18.09.09, tendo o Paciente sido condenado, em 02.05.12, à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão (e-STJ Fls. 20/68).

Inconformada a Defesa interpôs a Apelação Criminal, autuada sob o mesmo número, sustentando, em síntese, a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, ao qual a 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento, porquanto a constituição definitiva do crédito tributário só teria ocorrido em 24.09.03 e, apenas a partir dessa data teria começado a fluir o prazo prescricional, a teor do disposto na Súmula Vinculante n. 24, do Pretório Excelso (e-STJ Fls. 70/108).

Em sequência, foi interposto o presente *writ*, alegando-se, em síntese, a existência de constrangimento ilegal, porquanto o Paciente faz jus à extinção da punibilidade, na medida em que, no ano de 2000 consumou-se a denominada prescrição retroativa, considerando que a pena definitivamente imposta foi inferior a 4 (quatro) anos, considerando que os fatos narrados na denúncia ocorreram em 1992.

Requer, o deferimento da liminar, a fim de que seja suspensa a execução do acórdão apontado como coator e, no mérito, a concessão da ordem para que seja reconhecida a extinção da punibilidade do Paciente, pelo decurso do prazo

RHC 122774 / RJ

legal da prescrição (e-STJ Fls. 1/12).

É o relatório. Decido.

De início, verifico tratar-se, em verdade, de *habeas corpus* substitutivo de Recurso Especial, pois pretende-se a reforma do acórdão prolatado pela 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que, unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Paciente.

Ocorre que, acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956/PR, julgado em 07.08.12, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma desse Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso próprio, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

Nesse sentido:

'HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. IMPRESCINDIBILIDADE DE DEVIDA INSTRUÇÃO E DE PRÉVIA SUBMISSÃO À INSTÂNCIA DE ORIGEM. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DIRETA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3. IMPUGNAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. IMPETRAÇÃO MANEJADA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. 4. EXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA EXÍGUA DO MANDAMUS. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

RHC 122774 / RJ

buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Os temas suscitados pela defesa não foram enfrentados pelo Tribunal de origem, o que impede a verificação da existência de flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão de habeas corpus de ofício.

3. Relativamente à matéria efetivamente submetida ao prévio crivo da Corte a quo, visa o impetrante valer-se do remédio heroico como verdadeira revisão criminal, o que não se mostra cabível e apenas confirma o desvirtuamento dos institutos do processo penal.

4. Mostra-se inviável, na via eleita, avaliar se as provas constantes dos autos são suficientes para caracterizar o concurso formal de crimes, porquanto tal procedimento não se coaduna com o processamento do habeas corpus, que demanda a demonstração do constrangimento ilegal de forma patente. Precedente.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 265.741/SP, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 03.09.2013, DJe 16.09.2013 - destaque meu).

Na mesma linha, destaco os seguintes julgados desta Corte: AgRg no HC 267.702/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 02.10.2013; HC 180.987/RS, Rel. Min. Laurita

RHC 122774 / RJ

Vaz, 5ª T., DJe 18.09.2013; HC 227.271/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 19.09.2013; HC 143.559/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 16.09.2013; HC 272.762/TO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 16.09.2013; HC 178.850/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 13.09.2013; HC 246.620/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 05.09.2013.

Na hipótese dos autos, verifico que o habeas corpus substitutivo foi impetrado posteriormente à mudança do entendimento, o que reforça sua inadmissibilidade.

O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recurso ordinário em *habeas corpus*, tampouco a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos à recurso em sentido estrito, apelação criminal, embargos infringentes, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla.

A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito, que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal (v.g. HC 155.924/RJ, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29.08.12).

Ademais, não há flagrante ilegalidade passível de justificar a concessão da ordem de ofício.

Cumprido observar que a 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região asseverou que a constituição definitiva do crédito tributário ocorreu em 24.09.03 (processo n. 98.64694-9) e em 02.06.04 (processo n. 98.0064693-0), e o recebimento da denúncia em 18.09.09 (e-STJ Fl. 75).

Portanto, entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e o recebimento da denúncia não se passaram 6 (seis) anos.

Ocorre que, tendo sido fixada na sentença a pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, o prazo prescricional, por força do art. 109, III, do Código Penal, será fixado em razão

RHC 122774 / RJ

da pena efetivamente fixada na sentença, ou seja, de 8 (oito) anos.

Dessa forma, não houve a extinção da punibilidade pela prescrição, porquanto entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e o recebimento da denúncia não transcorreu período suficiente para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Acerca dessa orientação, trago à baila precedentes das duas Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte, cujos acórdãos restaram assim ementados:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO.

1. *A prescrição, por ser matéria de ordem pública, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal, deve ser reconhecida de ofício ou a requerimento das partes, a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Precedentes.*

2. *Concretizada a pena em 2 (dois) anos de reclusão, e considerando o disposto no enunciado n. 497 da Súmula do STF, verifica-se a ocorrência de lapso temporal superior a 4 (quatro) anos entre a constituição definitiva do crédito tributário e o recebimento da denúncia, declarando-se, de ofício, a extinção da punibilidade do paciente quanto à pena privativa de liberdade, pela caracterização da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa.*

3. *Agravo provido para declarar, de ofício, a extinção da punibilidade quanto ao crime praticado pelo ora agravado, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa.'*

(AgRg no REsp 1256886/PR, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 23/10/2012)

RHC 122774 / RJ

(...)

Ademais, entendo não merecer acolhida a alegação de que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula Vinculante n. 24, aplicar-se-ia apenas aos crimes cometidos após sua publicação (19.02.10), sob pena de restar configurada a retroatividade da interpretação mais gravosa.

Isso porque os enunciados sumulares resultam de posicionamentos reiterados dos órgão jurisdicionais tribunais e, portanto, não se trata de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial. Ainda, assinalo que a adoção do entendimento pretendido pela Defesa, consubstanciaria, em última análise, inobservância da própria súmula vinculante, o que é vedada a qualquer órgão do Poder Judiciário, exceto ao próprio Pleno do Supremo Tribunal Federal, a quem compete eventual revisão do entendimento adotado.

Isto posto, **INDEFIRO LIMINARMENTE O HABEAS CORPUS**, nos termos do art. 34, XVIII, do Regimento Interno desta Corte” (fls. 115 a 121 – grifos da autora).

Contra essa decisão foi interposto agravo regimental, ao qual a Quinta Turma negou provimento, **in verbis**:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INSCRIÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. LAPSO TEMPORAL INSUFICIENTE. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

I - Em que pesem os argumentos apresentados pela parte,

RHC 122774 / RJ

a decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, merecendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

II - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, julgado em 07.08.12, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma desse Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso próprio, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

III - Inocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, porquanto entre a data da constituição definitiva do crédito tributário (20.09.2003), e o recebimento da denúncia (02.06.2004), não transcorreu período suficiente (8 anos), aferível em razão da pena aplicada (3 anos e 9 meses de reclusão).

IV - Impossibilidade de acolhimento da pretensão no sentido de que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula Vinculante n. 24 aplicar-se-ia apenas aos crimes cometidos após sua publicação (19.02.2010), diante da irretroatividade da interpretação mais gravosa, porque os enunciados sumulares resultam de posicionamentos reiterados dos tribunais e, portanto, não se trata de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial.

V - A adoção do entendimento pretendido pela Defesa consubstanciaria, em última análise, em inobservância da própria súmula vinculante, o que é vedada a qualquer órgão do Poder Judiciário, exceto ao próprio Pleno do Supremo Tribunal Federal, a quem compete eventual revisão do entendimento adotado.

VI - Agravo Regimental improvido” (fl. 141 – grifos do autor).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, em julgado assim ementado:

RHC 122774 / RJ

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO. INOCORRÊNCIA. APRESENTAÇÃO DO FEITO EM MESA PARA JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL. EXPRESSA VEDAÇÃO REGIMENTAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 91, I, E 159 DO RISTJ. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. INVIABILIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE MEMORIAIS NÃO CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I - O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento segundo o qual não é cabível a sustentação oral nos recursos de Agravo Regimental e Embargos de Declaração, dispensando-se, inclusive, a prévia intimação das partes da sessão de julgamento. Inteligência do art. 91, I, combinado com o art. 159 do Regimento Interno desta Corte Superior. Esse entendimento é compartilhado também pelo Supremo Tribunal Federal que, em recursos da mesma natureza, também indefere pedidos de prévia intimação da sessão de julgamento e de sustentação oral, com base em seu Regimento Interno. Precedentes.

II - A ausência de prévia intimação da sessão de julgamento do agravo regimental não impossibilitou a distribuição de memoriais aos demais julgadores, porque o Embargante poderia realizá-la independente de qualquer formalidade, por exemplo no momento da interposição do recurso, bem como porquanto embora revele-se prática corriqueira em julgamentos colegiados, a ausência de memoriais não implica, de modo algum, em nulidade.

III - Nos termos do art. 619, do Código de Processo Penal, o recurso de embargos de declaração é restrito às hipóteses de correção de omissão, obscuridade, ambiguidade ou

RHC 122774 / RJ

contrariedade no acórdão embargado.

IV - Embargos de declaração rejeitados” (fl. 210 – grifos da autora).

Essa é a razão pela qual se insurge o recorrente neste feito.

Pelo que se tem nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia que justifique o provimento do recurso. Note-se que o entendimento daquela Corte de Justiça se encontra devidamente motivado, restando justificado o convencimento formado.

Ademais, padece de plausibilidade jurídica a tese do recorrente de que a observância do enunciado da Súmula Vinculante nº 24 no caso concreto importaria interpretação judicial mais gravosa da lei de regência.

Com efeito, a Súmula Vinculante em questão é mera consolidação da jurisprudência da Corte, que, há muito, tem entendido que “a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição” (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 1º/7/05).

No mesmo sentido, destaco:

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

RHC 122774 / RJ

DJ de 29/4/05);

“I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspensão, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo” (HC nº 81.611/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 13/5/05 – grifei).

De fato, não haveria lógica permitir que a prescrição seguisse seu curso normal no período de duração do processo administrativo necessário à consolidação do crédito tributário. Se assim o fosse, o recurso administrativo, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo - quando se aposta na morosidade da justiça -, do que sua real finalidade, que é, segundo o Ministro **Sepúlveda Pertence**, propiciar a qualquer cidadão questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório

RHC 122774 / RJ

de determinado tributo (HC nº 81.611/DF, Tribunal Pleno, DJ de 13/5/05).

Em verdade, a pretensão do recorrente é a de afastar o consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e fazer prevalecer a consumação da prescrição na espécie, que, aliás, à luz do entendimento **suso** mencionado, não se efetivou, pois, entre os marcos interruptivos (CP, art. 117) verificados não transcorreu prazo superior a oito (8) anos, lapso temporal necessário sua consumação (CP, art. 109, inciso IV), considerando a pena concretamente aplicada de 3 anos e 9 meses de reclusão.

Outro não foi o entendimento do **Parquet** Federal ao assentar que,

“[n]o presente caso, a constituição definitiva do crédito tributário ocorreu em 24 de setembro de 2003, data em que se consumou o delito. Desde essa data até o recebimento da denúncia, em 18 de setembro de 2009, não transcorreu o lapso necessário à consumação da prescrição tendo em conta a pena aplicada, de 3 anos e 9 meses de reclusão”.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso ordinário.

É como voto.

05/08/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.774 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, também eu cumprimento o engenho e arte com que o eminente Advogado Doutor José Carlos Tórtima sustentou o seu argumento, mas igualmente penso que a Súmula não inovou no ordenamento jurídico, limitando-se a consolidar o entendimento jurisprudencial, razão pela qual estou acompanhando o Relator.

05/08/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.774 RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, saúdo o eminente Procurador e endosso os fundamentos dos Ministros que me antecederam, em especial o voto do Ministro Dias Toffoli. Nego provimento ao recurso.

05/08/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.774 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **ARTUR MONTEIRO CORREIA SALES**
ADV.(A/S) : **JOSÉ CARLOS TÓRTIMA E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, hodiernamente há uma discussão muito expressiva sobre se a jurisprudência, hoje em dia, já não representa uma fonte formal do Direito. Verifique Vossa Excelência que os recursos são inadmissíveis se estiverem confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, os juízes são obrigados a respeitar as súmulas e podem julgar improcedente os pedidos com base nas súmulas. E essa é uma questão acadêmica que me interessa, até porque pertenço a um Tribunal também de jurisprudência.

Então, pedindo vênha aos Colegas, eu vou pedir vista apenas por essa questão acadêmica.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.774

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ARTUR MONTEIRO CORREIA SALES

ADV.(A/S) : JOSÉ CARLOS TÓRTIMA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, relator, Roberto Barroso e Rosa Weber, que negavam provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, pediu vista do processo o Senhor Ministro Luiz Fux. Falaram: o Dr. José Carlos Tórtima, pelo recorrente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 5.8.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

19/05/2015

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.774 RIO DE JANEIRO

VOTO VISTA

Penal. Sonegação fiscal – art. 1º, incisos I, II e III da Lei n. 8.137/90. Controvérsia: Crime material. Data da consumação. Pacificação do tema (HC 81.611/DF, j. Em 10/12/2003. Retroatividade *in malam partem* da Súmula Vinculante n. 24/2009. Inexistência: Consolidação, apenas, da jurisprudência do STF. Crime consumado com o lançamento definitivo do crédito tributário, ocorrido em 24/09/2003, em cenário jurisprudencial controvertido. Pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, com prazo prescricional de 8 anos não transcorrido entre os marcos interruptivos.

1. A consumação do crime de sonegação fiscal – se na data dos fatos ou do lançamento definitivo do tributo - restou pacificada pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 81.611/DF, em 10/12/2003, Rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, por isso que, tendo o lançamento definitivo do crédito tributário ocorrido em 24/09/2003, em cenário jurisprudencial controvertido, com a denúncia oferecida, em 18/09/2009, após pacificado o tema, não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente da retroatividade *in malam partem* da Súmula Vinculante n. 24, que apenas consolidou o entendimento no sentido de que “a

RHC 122774 / RJ

consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição” (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 01/07/2005).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: O paciente foi condenado, em 02/05/2012, à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, como incurso no artigo 1º, I, II e III, da Lei n. 8.137/1990, porquanto, entre os anos de 1990 e 1992, efetuou escrituração irregular em determinada empresa com a finalidade de obter vantagem tributária indevida.

Rememoro trechos do Relatório do Ministro Dias Toffoli:

“Alega o recorrente, em linhas gerais, a presença de constrangimento ilegal a ele imposto, tendo em vista o não reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, uma vez que transcorridos mais de dezessete anos entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Assevera, ainda, que ‘no longínquo ano de 2000 o ora recorrente havia conquistado o direito de ter extinta a sua punibilidade, uma vez que, à época, vigia a redação originária do art. 110 do CP. A denúncia, portanto, sequer poderia ter sido recebida à luz da antiga redação do art. 43, inc. II do CPP, norma então imperativa’ (fls. 166/167 – grifos do autor).

De outra parte, defende a impossibilidade da ‘aplicação retroativa in malam partem dos efeitos de nova orientação pretoriana, publicada em fevereiro de 2010, isto é, o teor do enunciado da súmula vinculante nº 24 do STF, cuja eficácia tem força de lei’ (fl. 167 – grifos do autor).

Mais adiante, aduz que:

‘29. O enunciado nº 24, é verdade, não dispôs diretamente sobre os marcos iniciais e interruptivos da prescrição, mas o fez por via reflexa ao determinar que

RHC 122774 / RJ

‘não se tipifica o crime material contra a ordem tributária, antes do lançamento definitivo do tributo’ (grifamos).

30. Ora, se o crime *não se tipifica*, significa que ainda não ocorreu, logo não se pode cogitar de marco inicial do fluxo prescricional.

31. E se for dada a esta nova e vinculante orientação eficácia retroativa, como o fez a colenda 5ª Turma, será inevitável a violação, na prática, do postulado da irretroatividade da norma mais gravosa a todos os que fariam jus à prescrição sob a égide das antigas regras’ (fls. 170/171 – grifos do autor).

Requer o deferimento da liminar para suspender a execução da pena a ele imposta e, no mérito, pede o provimento do recurso para que seja extinta a punibilidade, tendo em vista a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal.”

[...]

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dr. **Cláudia Sampaio Marques** opinou pelo não provimento do recurso.”

Colhe-se do acórdão da 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que a constituição definitiva do crédito tributário deu-se em 24/09/03, em relação ao processo n. 98.64694-9, e em 02/06/04, no que tange ao processo n. 98.0064693-0, tendo a denúncia sido recebida em 18/09/2009, advindo pena concretizada em 3 anos e 9 meses de reclusão, com prazo prescricional de 8 (oito) anos, lapso temporal **não** transcorrido entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e o recebimento da denúncia.

As razões recursais visam a que se reconheça a materialidade delitativa ocorrida na data dos fatos, ou seja, entre os anos de 1990 e 1992, a evidenciar a ocorrência da prescrição já no ano de 2010, bem como a irretroatividade do enunciado da Súmula 24 desta Corte, editada em 19/02/2010, que pacificou a a jurisprudência do Tribunal ao dispor que o

RHC 122774 / RJ

crime de sonegação fiscal se materializa com a constituição definitiva do crédito tributário.

Quando do lançamento definitivo do crédito tributário, ocorrido em 24/09/2003, a questão a respeito da consumação do crime – se na data do fato ou do lançamento definitivo do tributo – fora pacificada no julgamento, pelo Pleno, em 10/12/2003, do HC n. 81.611/DF, Rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, cujo acórdão ostenta a ementa de seguinte teor:

“EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.”

RHC 122774 / RJ

A partir daí, os órgãos fracionários desta Corte curvaram-se, obviamente, a tal orientação, que restou definitivamente consagrada na Súmula Vinculante nº 24, de 19 de fevereiro de 2010.

In casu, o crime consumou-se com o lançamento definitivo do crédito tributário, em 24/09/2003, pouco importando a data dos fatos, entre os anos de 1990 e 1992, com a denúncia oferecida, em 18/09/2009, já tendo a questão sido pacificada no Pleno desta Corte, em 10/12/2003 (HC 81.611/DF). Logo, não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente da retroatividade *in malam partem* da Súmula Vinculante n. 24, que apenas tornou compulsório o entendimento da Corte no sentido de que “a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição” (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 01/07/2005).

Conforme bem observado pelo Relator, “... não haveria lógica permitir que a prescrição seguisse seu curso normal no período de duração do processo administrativo necessário à consolidação do crédito tributário. Se assim o fosse, o recurso administrativo, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo – quando se aposta na morosidade da justiça –, do que à sua real finalidade que é, segundo o Ministro *Sepúlveda Pertence*, um meio pelo qual a lei propicia a qualquer cidadão questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório de determinado tributo (HC nº 81.611/DF, Tribunal Pleno, DJ de 13/5/05)”.

Destarte, a prescrição não se consumou, uma vez que não transcorreu o lapso de 8 (oito) anos entre os marcos interruptivos, por isso que acompanho o voto do Relator para negar provimento ao recurso.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.774

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ARTUR MONTEIRO CORREIA SALES

ADV.(A/S) : JOSÉ CARLOS TÓRTIMA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, relator, Roberto Barroso e Rosa Weber, que negavam provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, pediu vista do processo o Senhor Ministro Luiz Fux. Falaram: o Dr. José Carlos Tórtima, pelo recorrente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 5.8.2014.

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 19.5.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Roberto Barroso. Compareceu o Senhor Ministro Dias Toffoli para julgar processos a ele vinculados.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma