

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.462 - SP (2019/0297956-6)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MAILANE RAMOS DOS SANTOS R. DE OLIVEIRA - SP166669
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO DE ALMEIDA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CARLOS ROBERTO DE ALMEIDA, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo em Execução Penal n. 0008080-35.2019.8.26.0309.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais pagamento de 20 (vinte) dias-multa, como incurso no artigo 1º, inciso II, combinado com o artigo 11, ambos da Lei 8.137/1990, na forma do artigo 71 do Código Penal, ocasião em que a reprimenda privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido desprovido.

A Defensoria Pública requereu a extinção da punibilidade do réu pela prescrição da pretensão punitiva estatal, o que foi indeferido pelo magistrado singular.

Contra tal decisão, foi interposto agravo em execução, que não foi conhecido.

Sustentam as impetrantes que o verbete 24 da Súmula Vinculante não poderia retroagir para alcançar fatos anteriores à sua edição.

Aduzem que o termo inicial do prazo prescricional não seria a data da constituição definitiva do crédito tributário, mas aquela em que se deram os fatos descritos no artigo 1º da Lei 8.137/1990.

Requerem, liminarmente, o sobrestamento da execução penal, e, no mérito, pugnam pela concessão da ordem para que a punibilidade do paciente seja extinta pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Superado esse óbice, consoante consolidado no verbete 24 da Súmula Vinculante, não há crime material contra a ordem tributária antes da constituição definitiva do crédito.

Dessa forma, o delito imputado ao acusado somente se consumou no dia 19.4.2010, quando constituído o crédito tributário, o que afasta a pretensão contida na inicial do *mandamus*, no sentido de se considerar o início do prazo prescricional nos anos de 2006 e 2007, quando houve a supressão dos tributos.

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que tal compreensão não configura

Superior Tribunal de Justiça

aplicação retroativa de entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, uma vez que o mencionado enunciado sumular não lhe é desfavorável, já que impede a persecução penal enquanto ainda não decidida a matéria na instância administrativa.

Ademais, se o recorrente tivesse sido processado criminalmente antes do esgotamento da via administrativa, certamente invocaria a decisão proferida no HC n. 81.611/DF, ou mesmo o contido na Súmula Vinculante 24, para postular o trancamento da respectiva ação penal, sob o argumento de que teria sido instaurada prematuramente.

Assim, não pode a defesa alegar que o prazo prescricional deveria se iniciar antes da constituição definitiva do crédito apenas porque o órgão ministerial deflagrou a ação penal após a consolidação do entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Em arremate, vale destacar que esta colenda Quinta Turma tem refutado a afirmação de que o enunciado 24 da Súmula Vinculante só se aplica aos crimes cometidos após a sua vigência, seja porque não se está diante de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial, seja porque a sua observância é obrigatória por parte de todos os órgãos do Poder Judiciário, exceto a Suprema Corte, a quem compete eventual revisão do entendimento adotado.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. WRIT NÃO CONHECIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E INSTRUÇÃO DEFICIENTE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Tal como asseverado na decisão impugnada, diante da ausência de debate, pelo Tribunal regional, a respeito do momento consumativo do crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, é vedada a apreciação da matéria por esta Corte Superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

2. A leitura das peças anexadas ao writ não permite constatar a análise das questões aqui suscitadas pela Corte de origem. Ao que parece, não foi apresentado o inteiro teor do acórdão proferido, pois, conforme o registro constante do rodapé do documento, traz apenas as páginas ímpares do decisum. Além disso, não há continuidade entre o texto que encerra uma página e o que inicia a seguinte.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme ao asseverar que a aplicação do entendimento consolidado pela edição da Súmula Vinculante n. 24 do STF a crimes praticados em momento anterior à sua aprovação não viola o impeditivo de retroatividade de norma mais gravosa ao réu. Precedentes.

4. Já no ano de 2003 - data em que foram perpetradas parte das condutas imputadas ao paciente -, o Supremo Tribunal Federal reconhecia como momento consumativo do delito em exame a constituição definitiva do crédito tributário. Nesse sentido: HC n. 81.611/DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 13/5/2005.

5. A análise da causa extintiva de punibilidade observará as seguintes circunstâncias: a) idade do acusado ao tempo da sentença: 49 anos, conforme qualificação constante da denúncia, de modo que não há redução do prazo prescricional (art. 115 do CP); b) trânsito

Superior Tribunal de Justiça

em julgado para a acusação: o cálculo será feito com base na pena aplicada (art. 110, § 1º, do CP); c) primariedade do agravante, reconhecida na sentença: não há acréscimo no prazo estabelecido em lei (art. 110, caput, do CP); d) concurso de crimes: considera-se a reprimenda de cada um, individualmente (art. 119 do CP); e) pena definitivamente imposta, para cada um dos delitos: 4 anos e 8 meses de reclusão (lapso prescricional de 12 anos - art. 109, III, do CP).

6. Decorridos períodos inferiores a 12 anos entre os marcos interruptivos da prescrição, não se verifica a ocorrência da causa extintiva da punibilidade sustentada pela defesa.

7. Agravo regimental não provido.

(AgInt no HC 474.567/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 04/02/2019)

No mesmo diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. NÃO OCORRÊNCIA. DATA INICIAL DO TERMO PRESCRICIONAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA SÚMULA VINCULANTE 24/STF. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 156 DO CPP. ÔNUS DA PROVA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÕES DEVEM SER COMPROVADAS POR QUEM AS ALEGA.

I - Não há que se falar em irretroatividade de interpretação jurisprudencial a respeito de referido tema, na medida em que nosso ordenamento jurídico vigente proíbe somente a retroação da lei penal mais gravosa, não sendo possível fazer a extensão a interpretação jurisprudencial. Precedentes.

II - Compete à defesa comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão acusatória, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1169413/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

Com igual orientação:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE N. 24. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

1. As matérias relativas à desproporcionalidade na fixação da pena-base, bem como à suposta violação ao princípio da correlação, não foram objeto de apreciação quando da decisão monocrática, nem sequer foram suscitadas nas razões do apelo raro. Inviável o conhecimento de tais pretensões, por constituir indevida inovação

Superior Tribunal de Justiça

recursal.

2. De acordo com a reiterada jurisprudência desta Corte e da Corte Suprema, o tipo descrito no art. 1.º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 consubstancia crime material, isto é, sua consumação depende da ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano ao Erário.

3. Segundo o enunciado n. 24 da Súmula Vinculante, a consumação desta infração penal se dá apenas com a constituição definitiva do crédito tributário, quando então inicia-se o curso da prescrição, por força do art. 111, I, do Estatuto Repressivo. Antes da consumação do delito não há se falar em início, tampouco em suspensão do lapso prescricional.

4. Esse Sodalício assentou o entendimento segundo o qual não há óbice à aplicação retroativa da referida Súmula Vinculante, porquanto "não se está diante de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial, bem como porque a sua observância é obrigatória por parte de todos os órgãos do Poder Judiciário" (AgRg nos EDcl no AREsp 699.517/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 04/02/2016).

5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

(AgRg no AREsp 584.088/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 22/09/2017)

Na mesma esteira, colhem-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. SÚMULA VINCULANTE 24. APLICAÇÃO A FATOS ANTERIORES À SUA EDIÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicação da Súmula Vinculante 24 a fatos anteriores à sua edição, porquanto o respectivo enunciado apenas sintetiza a jurisprudência dominante desta Corte e, dessa forma, não pode ser considerada como retroação de norma mais gravosa ao réu. Precedentes. II – Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 1165040 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 14/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

No mesmo vértice:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e Processual Penal. Sonegação de contribuição previdenciária. Continuidade delitiva. Condenação. 3. Ausência de repercussão geral (Tema 660). 4. Prescrição retroativa. 4.1. A tese ventilada no extraordinário não foi discutida no acórdão contestado. Incidência das súmulas 282 e 356. 4.2. Inocorrência de aplicação regressiva in malam partem da Súmula Vinculante 24. Consolidação da jurisprudência do STF que, há muito, tem entendido que 'a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente

Superior Tribunal de Justiça

se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição' (HC n. 85.051/MG, rel. min. Carlos Velloso). 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 897714 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015)

Na espécie, excluída a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva, nos termos do enunciado 497 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, tem-se que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, o que revela que o prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, consoante o disposto no inciso V do artigo 109 do Código Penal.

Tal lapso temporal não transcorreu entre a constituição definitiva do crédito tributário, ocorrida em 19.4.2010, e o recebimento da denúncia, que se deu em 13.12.2011, tampouco entre este marco interruptivo e a sentença condenatória, publicada em 18.6.2015, ou entre esta data e a do trânsito em julgado para a defesa, em 12.2.2016 (e-STJ fls. 11 e 25), o que impede o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, como almejado.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **indefere-se liminarmente** o presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator