

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.814.484 - SP (2019/0144158-5)**

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**RECORRIDO : RICARDO SILVEIRA DE PAULA**  
**ADVOGADOS : CELSO SANCHEZ VILARDI - SP120797**  
**RENATA HOROVITZ KALIM - SP163661**  
**ALEXANDRE DE OLIVEIRA RIBEIRO FILHO - SP234073**  
**RODRIGO VILARDI WERNECK - SP374837**

**EMENTA**

PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE DECLARA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. ART. 168-A, DO CÓDIGO PENAL. CRIME MATERIAL. ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a e c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sede de **Habeas Corpus**, assim ementado (fl. 488):

*"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 168-A CP. PRESCRIÇÃO. NATUREZA FORMAL DO CRIME DO ART. 168-A. TERMO INICIAL DATA DA OMISSÃO DO REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES AO INSS. ORDEM CONCEDIDA.*

*O tipo do art. 168-A do Código Penal se consuma com a ausência do repasse, à Previdência Social, das contribuições descontadas dos segurados empregados, no prazo legalmente assinalado, prescindindo da constituição definitiva do crédito ou da retenção física das importâncias previdenciárias pelo agente, para sua configuração.*

*Portanto, para fins de contagem do prazo prescricional, é irrelevante a data da constituição do crédito. Precedente desta Seção.*

*A pretensão punitiva estatal relativamente ao crime*

*do art. 168-A do Código Penal restou consumada pela prescrição, pois transcorrido lapso temporal superior a quatro anos entre a data limite para recolhimento das contribuições descontadas na competência 11/2004 e a data do recebimento da denúncia (19/05/2014).*

*Prescrição da pretensão punitiva estatal reconhecida quanto ao crime de apropriação indébita previdenciária.*

*Concessão da ordem pretendida, a fim de que seja extinta a punibilidade em relação ao crime do art. 168-A do Código Penal do paciente com fundamento no art. 107, IV do CP."*

Opostos embargos de declaração, estes foram providos nos termos da seguinte ementa (fls. 229-235):

**"PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. OMISSÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 168-A CP. PRESCRIÇÃO. CONDENAÇÃO PELO ART. 337-A, III DO CÓDIGO PENAL. CONSEQUÊNCIAS NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS PARA SANAR A OMISSÃO.**

*Ordem concedida para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva da pena imposta ao Paciente pela prática do crime previsto no artigo 168-A do Código Penal.*

*Remanescendo a condenação pela prática do crime do art. 337-A, III do Código Penal, o acórdão foi omissor por não ter readequado o regime inicial e analisado a possibilidade de substituição da pena.*

*Ausentes circunstâncias judiciais negativas e fixada a pena em patamar inferior a quatro anos de reclusão, determinado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §2º, alínea c, do Código Penal.*

*Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas prevista no art. 44 do Código Penal. Prestação de serviços e pena pecuniária.*

*A pena pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade deve ser fixada de maneira a garantir a proporcionalidade entre a reprimenda substituída e as condições econômicas do condenado, além do dano a ser reparado. Pena pecuniária em favor da União.*

*Embargos de declaração providos."*

Consta dos autos, que o ora recorrido **RICARDO SILVEIRA DE PAULA** foi condenado à pena de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, pela prática dos crimes previstos no art. 168-A, § 1º, inciso I, e art. 337-A, inciso III, ambos do CP, em concurso material.

No Tribunal **a quo**, por via de **Habeas Corpus**, a defesa conseguiu a declaração de prescrição do paciente com relação ao crime do art. 168-A do CP (fls. 139-150).

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** sustenta violação ao art. 168-A, do Código Penal, pois o delito de apropriação indébita previdenciária é crime material, que, consoante Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal, se consuma no momento da constituição definitiva do crédito tributário, razão pela qual não há falar em prescrição da pretensão punitiva.

Pretende, ao final, que seja reformado o v. acórdão recorrido.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 246-279), o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 304-308).

**É o relatório.**

**Decido.**

Busca-se, no presente reclamo, em síntese, a cassação do acórdão recorrido, no qual se declarou extinta a punibilidade do ora recorrido, pelo implemento da prescrição.

Primeiramente, quanto a interposição do apelo extremo, com fulcro na alínea **c**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, exige-se, para a devida demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, além da transcrição de ementas de acórdãos, o cotejo analítico entre o aresto recorrido e os paradigmas, com a constatação da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, **situação que não ocorreu na espécie.**

De fato, o **Parquet** sequer transcreveu trechos dos acórdãos paradigmas e procedeu à comparação destes com o acórdão recorrido. Ora, essa ausência de cotejo entre os julgados impede a constatação da divergência, procedimento necessário para o conhecimento do apelo.

Nesse entendimento:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.*

*1. A mera transcrição de ementas não configura o dissídio jurisprudencial, sendo necessário o cotejo analítico dos acórdãos recorrido e paradigma, para a demonstração da similitude fática das decisões.*

*[...]*

*5. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.335.090/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 03/09/2015).*

*"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL FUNDADO NA ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO.*

*Esta Corte tem jurisprudência pacífica de que a ausência de cotejo analítico inviabiliza o conhecimento do recurso especial fundado na alínea 'c' do permissivo constitucional.*

*A mera transcrição de ementas dos acórdãos indicados como paradigmas não supre a exigência dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 1º e § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.*

*Agravo regimental desprovido" (AgRg no AgRg no AREsp n. 533.188/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 18/08/2015).*

Analiso então o apelo nobre pela alínea **a** do permissivo constitucional supramencionado.

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls.

145-149, grifei):

*"O paciente RICARDO SILVEIRA DE PAULA foi denunciado como incurso nas penas dos artigos 168-A e 337-A, do Código Penal, por ter, no período de janeiro a dezembro de 2004, na condição de sócio-gerente da SAÚDE ABC SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA ("SAÚDE ABC"), deixado de promover aos cofres públicos o oportuno repasse das contribuições previdenciárias descontadas dos segurados empregados da pessoa jurídica, bem como por ter reduzido contribuição social previdenciária mediante omissão de informação, nas correspondentes GFIPs, acerca dos salários de contribuição pagos ou creditados a todos os segurados empregados da Saúde ABC (ID 7121455).*

*A denúncia foi recebida em 19 de maio de 2014 (ID 7121463).*

*A sentença absolutória foi reformada nesta E. Corte para condenar RICARDO SILVEIRA DE PAULA pela prática do crime do art. 168-A, §1º, I, c.c. o art. 71, do Código Penal, praticado, em continuidade delitiva, nos meses de janeiro a maio, agosto, outubro e novembro do ano de 2004, em concurso material com o crime do crime do art. 337-A, III, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, praticado em continuidade delitiva, de janeiro a dezembro de 2004 (ID 7121456).*

*A pena, pela prática do crime do art. 168-A do Código Penal, foi fixada em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à qual foi acrescida de 1/6, nos termos do art. 71 do Código Penal, em função da continuidade delitiva, resultando na pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.*

*A decisão transitou em julgado para o Ministério Público Federal em 04/09/2017 (ID 7121458).*

*A análise dos documentos juntados denota que a punibilidade do crime do art.168-A do Código Penal foi extinta pela prescrição.*

*A fim de verificar adequadamente o termo do prazo prescricional a quo (consumação do delito), necessário se faz perquirir a natureza jurídica do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168 -A do Código Penal).*

*Deveras, caso se trate de crime material, somente após a constituição definitiva do crédito tributário, com o esgotamento da via administrativa, se poderia considerar o delito consumado, incidindo o entendimento enunciado na Súmula Vinculante nº 24.*

*Em sentido inverso, compreendido como delito formal, despicienda a constituição definitiva do crédito, porque não dependeria a consumação do crime da verificação de resultado naturalístico.*

*Abalizada doutrina defende a natureza formal do crime de apropriação indébita previdenciária:*

*[...]*

*Filio-me a esta corrente doutrinária, segundo a qual basta que o agente tenha deixado de recolher as contribuições previdenciárias para que o crime se aperfeiçoe.*

***Prescindíveis, portanto, o esgotamento do processo administrativo fiscal e a constituição definitiva do crédito na esfera administrativa para a propositura da ação penal, não se aplicando ao delito de apropriação indébita previdenciária a súmula de nº 24 do STF.***

*Acerca do tema, colaciono os seguintes precedentes desta E. Corte:*

*[...]*

*Reafirmada a natureza formal do delito em análise, tem-se que o paciente foi condenado pela prática do crime do art. 168-A do Código Penal nas seguintes competências: janeiro a maio, agosto, outubro e novembro do ano de 2004.*

*Nos termos da Lei nº 8.212/1991, o prazo para recolhimento, no que interessa à controvérsia recursal, passou a ser regulado nos seguintes termos:*

*[...]*

*Nessa linha, tem-se que o último crime de apropriação indébita previdenciária pelo qual o paciente foi condenado consumou-se em . 03 de dezembro de 2004 Além disso, a denúncia foi recebida em (ID 7121463). 19 de maio de 2014 O prazo prescricional incidente ao caso concreto é de quatro anos, nos termos do art. 109, V e 110, do Código Penal, considerando que a pena concretamente aplicada para o crime foi de 02 (dois) anos de reclusão, excluído o aumento pela continuidade delitiva (art. 119 do CP e Súmula nº 497 do STF).*

*Inaplicável, ao caso, a Lei nº 12.234/2010, de 05 de maio de 2010, que revogou o § 2º do artigo 110 do Código Penal, para excluir a prescrição na modalidade retroativa, vedando o seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, uma vez que configurada novação legislativa em prejuízo do apelante, o que fere a vedação constitucional da retroatividade em desfavor do réu.*

*Inexistindo notícia de que o prazo prescricional tenha sido suspenso por eventual adesão do contribuinte a programa especial de parcelamento, tem-se que a pretensão punitiva estatal relativamente ao crime do art. 168-A do Código Penal restou consumada pela prescrição, pois transcorrido lapso temporal superior a quatro anos entre a data limite para recolhimento das contribuições descontadas na competência 11/2004 e a data do recebimento da denúncia (19/05/2014 - ID 7121463).*

***Ante o exposto, concedo a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva da pena imposta ao Paciente pela prática do crime previsto no artigo 168-A do Código Penal nos autos da Ação Penal 0000911-88.2011.403.6181.***

*É o voto."*

A jurisprudência deste eg. Tribunal Superior é firme no sentido de

que "[...] o crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, ostenta natureza de delito material. Portanto, o momento consumativo do delito em tela corresponde à data da constituição definitiva do crédito tributário, com o exaurimento da via administrativa" (RHC n. 36.704/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 26/2/2016).

Acerca da questão, colaciono os seguintes precedentes desta Corte:

*"RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 168-A, DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CONSUMAÇÃO. CRIME MATERIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA VINCULANTE N.º 24. PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO PROVIDO.*

*1. Este Superior Tribunal de Justiça, adotando entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n.º 24, entende que o crime tipificado no art. 168-A, do Código Penal possui natureza material e, dessa forma, consuma-se a partir da conclusão definitiva do procedimento administrativo de constituição do crédito tributário, sendo, portanto, este o momento a ser considerado para fins de contagem inicial do prazo da prescrição da pretensão punitiva estatal. Precedentes.*

*2. In casu, a acusada, que à época dos fatos contava com 70 (setenta) anos de idade, foi denunciada pelo crime de apropriação indébita previdenciária em 23/09/2014, sendo a inicial acusatória devidamente recebida em 01/02/2016.*

*3. Assim, tendo em vista que a data da constituição definitiva do débito tributário se deu em 16/09/2009 e que sua exigibilidade, bem como a contagem do prazo prescricional ficaram suspensos entre o período de 15/10/2009 a 01/09/2014, ante a existência de parcelamento homologado com base na Lei 11.941/2009, não se verifica o transcurso do prazo prescricional de 06 (seis) anos entre a constituição definitiva do crédito e os marcos interruptivos da prescrição.*

*4. Recurso provido" (REsp n. 1.734.799/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 31/08/2018, grifei).*

*"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME DE*

**NATUREZA MATERIAL. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO COM NÍTIDO CARÁTER PROTETATÓRIO. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA. REMESSA DOS AUTOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ANÁLISE DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO PENDENTE. EMBARGOS REJEITADOS.**

1. Não há falar em vício no acórdão embargado, que sufragou o entendimento, pacífico no Superior Tribunal de Justiça, de que **o crime de apropriação indébita previdenciária, tendo em vista sua natureza material, não se configura enquanto não lançado definitivamente o crédito, impedindo o início da contagem do prazo prescricional.**

2. A mera desconformidade do embargante com a rejeição da tese que entende cabível não caracteriza omissão, tampouco contradição, porquanto insiste em rediscutir matéria que já foi devidamente rechaçada por esta Corte de Justiça em anterior recurso.

3. A reiteração recursal sem inovação evidencia o caráter protetatório do recurso, configurando abuso do direito de defesa.

4. Embargos de declaração rejeitados, determinando-se a imediata remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento do agravo em recurso extraordinário" (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp n. 509.929/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 06/12/2018, grifei).

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 168-A, § 1º, DO CP. CRIME MATERIAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.**

1. Na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, o crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, ostenta natureza de delito material. Portanto, o momento consumativo do delito em tela corresponde à data da constituição definitiva do crédito tributário, com o exaurimento da via administrativa (ut, (RHC 36.704/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 26/02/2016). Nos termos do art. 111, I, do CP, este é o termo inicial da contagem do prazo prescricional.

2. In casu, a sentença condenou o recorrido à pena de 02 anos de reclusão (sem considerar o aumento de 1/3 da pena pela continuidade delitiva), de forma que o prazo prescricional há ser observado é de 04 anos, consoante o artigo 109, V, do Código Penal.

3. Assim, tendo em vista a data da constituição



*definitiva do crédito tributário (22/11/2007), não se verifica o transcurso do prazo prescricional de 4 (quatro) anos entre a constituição definitiva do crédito e os marcos interruptivos da prescrição, na espécie, pois a denúncia foi recebida em 22/03/2011 e a sentença condenatória publicada em 20/05/2014.*

**4. Agravo regimental não provido"** (AgRg no REsp n. 1.644.719/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 31/5/2017, grifei).

Nesse contexto, assiste razão ao **Parquet**, devendo ser considerada, para fins de cálculo da prescrição da pretensão punitiva, a data da constituição definitiva do crédito tributário (fl. 118).

**In casu**, o embora a conduta delitiva tenha ocorrido entre os meses de janeiro e novembro de 2004, o débito somente foi inscrito na dívida ativa da União em **16/04/2011 — data em que se consumou o delito previsto no art. 168-A do Código Penal**.

Dessa forma, considerando a pena aplicada para cada conduta foi de 2 (dois) anos de reclusão, verifica-se que não se passaram mais de **4 (quatro) anos** entre a data da consumação do fato (16/04/2011) e o recebimento da denúncia (19/05/2014), conforme disciplinado no artigo 109, inciso V, do Código Penal.

Nesse rumo, deve ser afastado o reconhecimento da extinção da punibilidade, restabelecendo-se o decreto condenatório.

Assim, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em **desconformidade** com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, **in casu**, o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá **dar** ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*".

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, I e III, do Regimento Interno do STJ, **conheço em parte** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe provimento, nos termos da fundamentação retro**.

P. e I.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator