



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.318.662 - PR (2012/0084501-5)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : LUZARDO THOMAZ DE AQUINO
ADVOGADO : LUIZ ALBERTO OLIVEIRA DE LUCA - PR006590

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA ANTERIOR À EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 24/STF. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. ADOÇÃO DO POSICIONAMENTO CONSAGRADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

I - Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência tem como finalidade precípua a uniformização de teses jurídicas divergentes, aplicadas dentro de um mesmo contexto.

II - A análise da prescrição dos crimes materiais contra a ordem tributária deve se dar à luz da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: "*não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo*". Desse modo, nos termos do art. 111, do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva somente tem seu início com a constituição definitiva do crédito, momento em que se consuma o delito.

III - Constituindo a súmula vinculante n. 24 mera consolidação de remansosa interpretação judicial, tem aplicação aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição. Precedentes

IV - Não transcorrido o lapso prescricional entre a constituição definitiva do crédito e o recebimento da denúncia, ou entre esta e a prolação de sentença condenatória, impõe-se a reforma do julgado que a declara consumada, com a consequente devolução dos autos à respectiva Turma para apreciação das demais teses recursais levantadas.

Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso de embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2018 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.318.662 - PR (2012/0084501-5)

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMBARGADO : LUZARDO THOMAZ DE AQUINO

ADVOGADO : LUIZ ALBERTO OLIVEIRA DE LUCA - PR006590

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso de embargos de divergência interposto pelo Ministério Público Federal em face de acórdão proferido pela col. **Sexta Turma** desta eg. Corte, de relatoria do em. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial, cuja ementa foi assim definida:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I e II, DA LEI N. 8.137/1990). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MARCO INICIAL. SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL. TIPIFICAÇÃO. DATA DO FATO MUITO ANTERIOR AO LEADING CASE E AO ENUNCIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRRETROATIVIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Deve ser mantida a decisão agravada, que considerou como marco inicial da prescrição da pretensão punitiva estatal a data do fato (1998), e não a do lançamento definitivo do tributo, visto que, à época, muito anterior ao leading case sobre a matéria e ao enunciado da Súmula Vinculante n. 24 do STF, o esgotamento da via administrativa não obstava a tipificação do crime tributário que somente mais de uma década depois foi erigido a delito material, cuja consumação pressupõe a efetiva lesão ao erário.

2. Agravo regimental não provido."

Depreende-se dos autos que o apelo nobre ofertado por **Luzardo Thomaz de Aquino** foi provido, para o efeito de reconhecer "[...] a prescrição da pretensão punitiva e, como consectário, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal, declaro extinta a punibilidade do recorrente, quando aos fatos objeto do Processo n. 2003.70.00.010325-4/PR, da 1ª Vara Federal de Curitiba e, por conseguinte, julgo prejudicadas as demais teses do recurso especial" (fl. 424). Diante disso, foi interposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo Regimental pelo Ministério Público, que restou não provido, conforme ementa supra transcrita.

Irresignado, o Ministério Público Federal aventou recurso de embargos de divergência sustentando disparidade com o julgamento proferido pela **Quinta Turma**, no AgRg nos EDcl no AREsp n. 699.517/SP, de relatoria do em. Ministro **Gurgel de Faria**.

A divergência, em tese, segundo o embargante, "[...] cinge-se em saber se a Súmula Vinculante do Supremo n.º 24 aplica-se aos crimes praticados antes da edição do seu enunciado, em dezembro de 2009" (fl. 457).

Requer, ao final, o conhecimento e provimento destes embargos para unificação dos posicionamentos entre as Turmas integrantes da Terceira Seção, com a adoção do "[...] posicionamento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Quinta Turma do STJ, no sentido de que o enunciado da referida súmula aplica-se aos delitos praticados antes e depois de sua vigência porque se trata de consolidação do entendimento jurisprudencial que prevalecia antes da edição da referida súmula" (fl. 461).

Intimada, a parte embargada deixou transcorrer **in albis** o prazo para impugnação (certidão de fl. 483).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.318.662 - PR (2012/0084501-5)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : LUZARDO THOMAZ DE AQUINO
ADVOGADO : LUIZ ALBERTO OLIVEIRA DE LUCA - PR006590

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA ANTERIOR À EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 24/STF. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. ADOÇÃO DO POSICIONAMENTO CONSAGRADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

I - Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência tem como finalidade precípua a uniformização de teses jurídicas divergentes, aplicadas dentro de um mesmo contexto.

II - A análise da prescrição dos crimes materiais contra a ordem tributária deve se dar à luz da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: "*não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo*". Desse modo, nos termos do art. 111, do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva somente tem seu início com a constituição definitiva do crédito, momento em que se consuma o delito.

III - Constituindo a súmula vinculante n. 24 mera consolidação de remansosa interpretação judicial, tem aplicação aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição. Precedentes

IV - Não transcorrido o lapso prescricional entre a constituição definitiva do crédito e o recebimento da denúncia, ou entre esta e a prolação de sentença condenatória, impõe-se a reforma do julgado que a declara consumada, com a consequente devolução dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos à respectiva Turma para apreciação das demais teses recursais levantadas.

Embargos de divergência providos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Inicialmente, imperioso ressaltar a importância do recurso de embargos de divergência, que tem por finalidade precípua a consolidação de jurisprudência no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal e Colendo Superior Tribunal de Justiça, de modo a evitar reiteração de julgamentos díspares em situações idênticas.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o mencionado recurso detém grande relevância, considerando ser o Tribunal responsável pela uniformização de jurisprudência no âmbito nacional, no tocante às interpretações da legislação infraconstitucional, logo, de maior abrangência.

Os embargos de divergência garantem não apenas a segurança jurídica, mas há consequente diminuição de recursos quando da consolidação da jurisprudência, com obediência ao princípio da celeridade jurídica, evitando-se proliferação recursal após consolidação de entendimentos.

Cito, assim, a obra dos Autores **Teresa Wambier, Maria Conceição, Leonardo Riberito e Rogério Mello** (Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo, 2016):

"Os embargos de divergência foram bastante alterados, principalmente quanto as suas hipóteses de cabimento. Procurou-se dar aos embargos de divergência bastante rendimento, de molde a que cumpram com eficiência a sua função que é, em última análise, a de desestimular recursos para o STJ ou STF. Isto porque o fato de haver tese jurídica sobre a qual haja divergência interna corporis, no Tribunal Superior, é elemento que, obviamente, estimula recursos. O objetivo dos embargos de divergência é exata e precisamente o de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, internamente."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, observa-se que o Embargante cumpriu as formalidades essenciais para o regular processamento e julgamento do presente recurso, com devido cotejo analítico entre os casos, demonstrando de forma evidente a divergência entre o acórdão embargado e o paradigma.

A divergência, in casu, consiste na incidência da súmula vinculante 24/STF, e seus reflexos, a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, a qual detém o seguinte teor:

"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo."

Explico. Extraí-se do acórdão embargado ter sido fixada a **irretroatividade da súmula vinculante n. 24/STF**, como garantia de mínima previsibilidade e segurança jurídica. Assim, estipulou-se, no caso concreto, como termo inicial para o cômputo do lapso prescricional, a data do fato e não do lançamento definitivo do tributo, sob a assertiva de que: *"[...] na data dos fatos, relacionados à sonegação de tributos do ano-calendário 1998, o elemento do tipo 'tributo' não comportava a atual acepção disciplinada pela Súmula Vinculante n. 24. Aludido enunciado transformou o prévio esgotamento das instâncias administrativas em questão de direito material, ao incluir o lançamento definitivo como elemento do tipo"* (fl. 445).

Por sua vez, em sentido contrário, no paradigma colacionado pelo Embargante, definiu-se que: *"[...] o Superior Tribunal de Justiça já afastou a alegação de que o enunciado 24 da Súmula Vinculante só se aplicaria aos crimes cometidos após a sua vigência, tendo em vista que 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, exceto a Suprema Corte, a quem compete eventual revisão do entendimento adotado"* (AgRg nos EDcl no AREsp n. 699.517/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**). Assim, concluiu que a prescrição só teria início com o lançamento do tributo.

Mencionado acórdão paradigma restou assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. MOMENTO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 24 DO STF. RETROATIVIDADE DE INTERPRETAÇÃO JUDICIAL MAIS GRAVOSA AO RÉU. INOCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM. DECISÃO CONFIRMADA NO STJ. FORMAÇÃO DA COISA JULGADA. MOMENTO.

1. A fluência do prazo prescricional dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/1990, nos termos da jurisprudência desta Corte, tem início somente após a constituição do crédito tributário.

2. O Superior Tribunal de Justiça já afastou a alegação de que o enunciado 24 da Súmula Vinculante só se aplicaria aos crimes cometidos após a sua vigência, tendo em vista que 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, exceto a Suprema Corte, a quem compete eventual revisão do entendimento adotado.

3. A decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário possui natureza jurídica eminentemente declaratória, tendo em vista que apenas pronuncia algo que já ocorreu anteriormente – e não naquele momento – motivo pelo qual opera efeitos *ex tunc*. Desse modo, o trânsito em julgado retroage à data de escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível.

4. Hipótese em que não houve transcurso do prazo prescricional, uma vez que, entre a constituição definitiva do crédito tributário e o recebimento da denúncia, e, ainda, entre a sentença condenatória (último marco interruptivo) e a data do trânsito em julgado não transcorreu lapso de tempo legalmente previsto.

Agravo regimental desprovido" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 699.517/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, julgado em 15/12/2015, DJe de 04/02/2016).

Como se vê, as situações tratadas nos julgados são similares, contudo a solução dada foi diversa, o que justifica o conhecimento dos presentes embargos de divergência.

No mérito, com o devido respeito ao em. Min. Rogério Schietti Cruz, Relator do Agravo Regimental ora embargado, divirjo de seu posicionamento, por entender acertada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão adotada no acórdão paradigma.

Isso, porque o delito imputado ao embargado (art. 1º, da Lei n. 8.137/90) somente se consuma, segundo a pacífica jurisprudência, com o lançamento definitivo do crédito tributário, momento em que nasce a justa causa para a ação penal.

Aliás, para o Supremo Tribunal Federal, a norma jurídica penal tributária tem sua hipótese de incidência configurada somente com a constituição do crédito tributário, não existindo, antes disso, suporte fático para tanto, faltando, portanto, justa causa para a ação penal. Assim, essencial e imprescindível aguardar-se o prévio esgotamento da via administrativa para o ajuizamento de ação penal.

Desse modo, é inevitável concluir, a partir de tais premissas, que o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva somente pode ter início com a própria constituição definitiva do crédito, após o encerramento do processo administrativo de lançamento previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional, conforme inclusive prevê o art. 111, I, do Código Penal.

No mesmo sentido já se pronunciou a Suprema Corte, no julgamento do **HC n. 83.414**, ao fixar que: **"[...] os crimes definidos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo"**. Em consequência, **"[...] não há falar-se em início do lapso prescricional, que somente se iniciará com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal"**.

Vislumbra-se ser pacífica a jurisprudência do Excelso Pretório: **"[...] considerada a constituição definitiva do débito tributário como elemento típico do delito, não é possível aderir, automaticamente, à proposição defensiva da extinção da punibilidade pela prescrição. É que, até o momento da consumação delitiva, sequer é de se cogitar da contagem do prazo prescricional, nos termos do inciso I do art. 111 do Código Penal."** **HC n. 105.115 AgR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 23/11/2010, DJe de 11/2/2011.** É antiga a jurisprudência desta Corte no sentido de que os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/1990 são materiais e somente se consomem com o lançamento definitivo do crédito. Por consequência, não há que falar-se em prescrição, que somente se iniciará com a consumação do delito, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do art. 111, I, do Código Penal. [...] ARE/DF, 649.120, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Decisão Monocrática, julgamento em 28/5/2012, DJe de 1º/6/2012.

Esse também é o entendimento do professor **Hugo de Brito Machado**, citado na obra de Gustavo Britta Scandelari:

*"Localiza-se na doutrina, também, posição que, embora não verse explicitamente sobre o início da contagem do prazo prescricional, admite a decisão administrativa como o fator que consuma o delito. Os representantes dessa posição geralmente partem do pressuposto de que a decisão administrativa (quando vista como uma condição objetiva de punibilidade) é um elemento do tipo. Para **Brito Machado** seria ilógico sustentar, de um lado, que a decisão final no processo administrativo é '**condição indispensável para a propositura da ação penal**' e, por outro lado, afirmar que '**tem início o curso da prescrição antes daquela decisão**'. Segundo o autor, deve ser aplicado o princípio de direito civil da actio nata (o qual fixa como termo inicial da prescrição a data em que o titular do direito toma ciência de sua violação), porque, '**sem a possibilidade da propositura da ação, não se pode falar em inércia, e portanto, não se pode admitir o curso do prazo prescricional**'. Também Fragoso partilha dessa orientação" (in Revista dos Tribunais, v. 102, n. 936, out.2013, p.192/193).*

Mostra-se incoerente, pois, o entendimento do acórdão embargado, ao fixar o início do lapso prescricional em momento anterior à consumação do crime tributário, pois legítima a extinção da punibilidade criminal por inércia estatal (prescrição) antes mesmo de ser juridicamente viável o intento de ação penal, considerando que: *"[...] enquanto não efetivado o lançamento definitivo do débito tributário, não há justa causa para ação penal"* (STF, HC n. 94.096, 1ª Turma, j. 03/02/2009, Rel. Min. **Menezes Direito**).

Se o curso da prescrição exige, de algum modo, a inércia do ente público, não há como sustentar, ante sua contraditoriedade, o posicionamento que vislumbra o início de seu curso mesmo antes de qualquer possibilidade de atuação estatal.

Convém rememorar, de outro lado, que a Súmula Vinculante 24/STF, aprovada na sessão plenária de 02/12/2009 (DJ de 11/12/2009), não trouxe novos contornos para a questão, uma vez que referido enunciado nada mais fez do que consolidar o entendimento jurisprudencial que já era aplicado tanto no âmbito do eg. **STF** como do col. **STJ**.

É antiga a jurisprudência daquele colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que: "enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crédito tributário, sem que se caracterize, portanto, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei n.º 8.137/90, sequer será lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I)" (HC n. 85.329/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15/12/2006, grifei).

Aliás, já no ano de 2003 o Plenário da **Suprema Corte** já possuía esse entendimento, como se observa da ementa do **HC 81.611/DF**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**:

"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.

Assim, facilmente se extrai que a **Súmula Vinculante 24/STF** nada mais é que a consolidação de reiterado entendimento jurisprudencial, que já vinha sendo aplicado há muito pelos Tribunais de cúpula, razão pela qual **não se pode falar em indevida aplicação retroativa do referido texto sumular.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acerca do tema, a Quinta Turma deste Tribunal já se pronunciou em inúmeros julgados:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME SOCIETÁRIO. AUTORIA COLETIVA. LEI 8.137/90, ART. 1º, II. FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE 24/STF. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Considerando que o delito imputado ao recorrente é de natureza material (art. 1º da Lei 8.137/90), impõe-se a análise da prescrição alegada à luz da Súmula Vinculante no. 24 do STF que dispõe: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Dessa forma e de acordo com o art. 111, I do CP, a prescrição da pretensão punitiva iniciar-se-á com a própria constituição definitiva do crédito após o encerramento processo administrativo de lançamento previsto no art. 142 do CTN.

II - Nesse sentido é pacífica a jurisprudência do Excelso Pretório: "Mais: considerada a constituição definitiva do débito tributário como elemento típico do delito, não é possível aderir, automaticamente, à proposição defensiva da extinção da punibilidade pela prescrição. É que, até o momento da consumação delitiva, sequer é de se cogitar da contagem do prazo prescricional, nos termos do inciso I do art. 111 do Código Penal (HC n. 105.115 AgR/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe de 11/2/2011. ARE n. 649.120/DF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/6/2012).

III - "Esta colenda Quinta Turma já afastou a alegação de que o enunciado 24 da Súmula Vinculante só se aplicaria 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. Precedente" (RHC n. 37.375/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 15/9/2014).

[...]

Recurso ordinário desprovido." (RHC n. 54.417/MG, Quinta Turma, de minha relatoria, julgado em 18/06/2015, DJe de 05/10/2015, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSO PENAL E PENAL. RHC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. SÚMULA VINCULANTE 24. CRIME MATERIAL. CONSUMAÇÃO APÓS O LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RETROATIVIDADE IN MALAM PARTEM NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. Conforme a dicção da Súmula Vinculante 24, "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do crédito do tributo". Trata-se, pois, de crime material ou de resultado, que somente pode ser tido por consumado após o esaurimento da esfera administrativa, ou seja, após o desfecho de eventual procedimento fiscal instaurado para a discussão do crédito tributário.

3. Tal posicionamento evita que sejam tomadas decisões conflitantes nas esferas administrativa e penal, pois impede que um agente venha a ser condenado pela prática de crime contra a ordem tributária, por ter, por exemplo, ilidido o pagamento de imposto, cuja exigência restou posteriormente afastada pela própria autoridade fiscal.

Embora em tal hipótese pudesse ser reconhecida a perda superveniente de justa causa para o exercício da ação penal, seria contraditório admitir, em via de regra, a oferta de denúncia antes que houvesse certeza sobre a materialidade da conduta criminosa que motivou a acusação.

4. Esta Quinta Turma, em diversos julgados, afastou a alegação de que o enunciado 24 da Súmula Vinculante só se aplicaria aos crimes cometidos após a sua vigência. Em verdade, não se trata de aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, o que, como cediço, encontra óbice no texto constitucional, mas de consolidação de entendimento jurisprudencial, que conferiu a correta exegese a dispositivos legais vigentes na data dos fatos, sendo a sua observância cogente para todos os órgãos do Poder Judiciário, não havendo se falar em retroatividade in malam partem. Precedentes.

5. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido logo após a aprovação da retrocitada súmula vinculante, reconheceu se tratar de "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 n. 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º/07/2005.

[...]

9. Recurso desprovido" (RHC n. 61.790/PR, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRECEDENTES. SÚMULA VINCULANTE N.º 24/STF. APLICABILIDADE À FATOS ANTERIORES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. TESE DE FALTA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS COMPROVANDO O DOLO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DOS VERBETES SUMULARES N.os 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Este Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento, em consonância com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os crimes previstos no art. 1.º da Lei n.º 8.137/90 se consumam com a constituição definitiva do crédito tributário, sendo este o termo inicial para contagem do lapso prescricional. Precedentes.*

2. *A aplicação da Súmula Vinculante n.º 24/STF à fatos anteriores não caracteriza retroatividade de lei penal desfavorável ao Réu, pois a edição do mencionado verbete sumular apenas consolidou entendimento jurisprudencial a respeito da correta interpretação de dispositivos legais já vigentes à época dos fatos.*

[...]

6. *Agravo regimental desprovido*" (AgRg no AgRg no AREsp n. 321.041/PB, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, julgado em 18/02/2014, DJe de 07/03/2014, grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. TERMO INICIAL. MOMENTO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. RETROATIVIDADE DE INTERPRETAÇÃO JUDICIAL MAIS GRAVOSA AO RÉU.INOCORRÊNCIA.

1. *Consoante consolidado no verbete 24 da Súmula Vinculante, não há crime material contra a ordem tributária antes da constituição definitiva do crédito, razão pela qual é irrelevante o momento no qual ocorreu a omissão ou declaração falsa ao Fisco.*

2. *Esta colenda Quinta Turma já afastou a alegação de que o enunciado 24 da Súmula Vinculante só se aplicaria aos crimes cometidos após a sua vigência, seja porque não se está diante de norma*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Precedente.

3. Considerada a constituição do crédito tributário como termo inicial da prescrição da pretensão punitiva, não se verifica a ocorrência da aludida causa de extinção da punibilidade na hipótese [...]" (RHC n. 37.375/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 15/9/2014, grifei).

Portanto, com a devida vênia ao em. Relator do acórdão embargado, ousou divergir do posicionamento adotado, reiterando o entendimento já pacificado no sentido de que o enunciado 24 da Súmula Vinculante do STF não se restringiria aos fatos ocorridos após sua vigência e, por consequência, nos crimes materiais contra a ordem tributária previstos no art. 1º da Lei n. 8.137/90, mesmo iniciados anteriormente ao enunciado, a constituição do crédito tributário inauguraria a contagem do lapso prescricional da pretensão punitiva, por representar o momento consumativo do delito.

A partir dessas premissas, observo, no caso em apreço, que o crédito restou definitivamente constituído em 23/08/2002, a denúncia foi recebida em 25/07/2007, e a sentença condenatória publicada em 30/11/2010, ocasião em que foi fixada pena de 4 anos de reclusão. Assim, conclui-se não ter transcorrido, entre os marcos interruptivos (art. 117, do Código Penal), o lapso prescricional de 8 anos previsto no art. 109, IV, do Código Penal, o que impõe o afastamento da extinção da punibilidade anteriormente reconhecida.

Nesses termos, impõe-se a reforma do acórdão proferido em sede de Agravo Regimental (fls. 440/451), a fim de afastar a prescrição reconhecida, com a consequente devolução dos autos a col. Sexta Turma, para apreciação das demais questões recursais levantadas.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de Embargos de Divergência**, no intuito de afastar a prescrição reconhecida em sede de Agravo Regimental (acórdão de fls. 440-451), com o conseguinte retorno dos autos a Sexta Turma, para exame das teses recursais remanescentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2012/0084501-5 PROCESSO ELETRÔNICO **EResp 1.318.662 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00103253220034047000 103253220034047000 10980007499200213 200370000103254
200370000456643 30103254

PAUTA: 28/11/2018

JULGADO: 28/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : LUZARDO THOMAZ DE AQUINO
ADVOGADO : LUIZ ALBERTO OLIVEIRA DE LUCA - PR006590

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso de embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.