



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 109.858 - SP
(2011/0256143-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
EMBARGANTE : AURIMAR ALVES
ADVOGADO : GUILHERME OCTÁVIO BATOCHIO E OUTRO(S)
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. ACLARATÓRIOS REJEITADOS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. LAPSO CONSUMADO. EXAURIMENTO DO PROCESSO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Os embargos de declaração, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, servem para sanar eventual omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade no pronunciamento judicial embargado, impondo-se, ainda que utilizado para fins de prequestionamento, a demonstração de um desses vícios, não sendo possível atribuir-lhes, na hipótese, efeitos infringentes.

2. Não se constata, na espécie, nenhuma das hipóteses ensejadoras dos embargos de declaração, pois o acórdão de fls. 1.008/1.013 foi claro ao consignar que o agrado regimental deixou de atacar, especificamente, o fundamento da decisão agravada, razão pela qual foi aplicada a Súmula 182/STJ.

3. Iniciada a atividade persecutória antes da finalização da apuração tributária na esfera administrativa, acertado o acórdão que anulou, *ab initio*, o processo, sem prejuízo de futura ação penal.

4. Em razão da vedação à *reformatio in pejus* indireta na contagem da prescrição, deve ser utilizada a pena fixada na sentença anulada, de 3 anos, 2 meses e 12 dias (Súmula 497/STJ). Como a prescrição é de 8 anos (art. 109, IV, do CP), verifica-se já ter transcorrido o referido lapso, pois o recurso administrativo foi concluído em 4/8/2006.

5. Embargos de declaração rejeitados. *Habeas corpus* concedido de ofício, para declarar extinta a punibilidade do embargante pela prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 107, IV, c/c os arts. 109, IV, e 110, § 1º, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, mas conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de fevereiro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 109.858 - SP
(2011/0256143-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de embargos de declaração opostos por **Aurimar Alves** ao acórdão da Sexta Turma que negou provimento ao agravo regimental por ele interposto, assim ementado (fl. 1.008):

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE ORIGEM. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ANULAÇÃO DO PROCESSO DESDE O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DA TESE DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INVIABILIDADE. PERDA DO INTERESSE RECURSAL. RAZÕES DO REGIMENTAL DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 182/STJ.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.
2. Dissociadas as razões do agravo regimental do decidido na decisão agravada.
3. É inviável o agravo que deixa de atacar, especificamente, o fundamento da decisão agravada. Incidência da Súmula 182/STJ.
4. Agravo regimental improvido.

Em suas razões, sustenta o embargante que o acórdão embargado contém omissão, pois *não enfrentou o pedido de extinção da punibilidade pela prescrição do jus puniendi, nos moldes como expendido em sede de agravo regimental* (fl. 1.025).

Entende que *a prescrição se consumou em data posterior à data de interposição do Agravo que foi denegado por decisão monocrática* (fl. 1.025), e que, por se tratar de matéria de ordem pública, *é passível de arguição em qualquer tempo, sob qualquer forma e em qualquer Juízo ou Tribunal, consoante determina o artigo 61 do Código de Processo Penal* (fl. 1.026).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Menciona que essa Corte Superior definiu que o marco inicial para contagem da prescrição é a decisão final do procedimento administrativo, que, no caso, se materializou no dia 04 de agosto de 2006, conforme informação prestada pela Delegacia Regional Tributária às folhas 484 dos autos digitais, e que, tendo sido determinada a anulação da ação penal pelo Acórdão prolatado pelo Colendo TJSP, a partir da denúncia inclusive, claro está que, desde aquele marco inicial de contagem da prescrição até a presente data nenhuma outra baliza interruptiva se concretizou (fl. 1.027).

Assevera que, como o TJSP deu provimento ao apelo para o fim de anular o processado ab initio, a partir do oferecimento da denúncia inclusive, tem-se que, no caso vertente, o dies a quo é a decisão definitiva na esfera administrativa (04 de agosto de 2006), conforme inclusive decidido por essa Corte, e que de 04 de agosto de 2006 até hoje mais de 8 anos transcorreram, já que após o encerramento definitivo do processo administrativo não se concretizou nenhum marco interruptivo, que, com a anulação de todo o processado, dar-se-á somente por ocasião do recebimento de denúncia regularmente válida (fl. 1.030).

Nesse aspecto, pede o saneamento da omissão apontada.

Intimado, o Ministério Público Federal aduz que o presente recurso transborda as hipóteses de cabimento dos declaratórios, dada a inexistência de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão da decisão recorrida (fl. 1.038).

Registra que a alegação de prescrição da pretensão punitiva estatal, pelo transcurso do lapso temporal superveniente à constituição definitiva do crédito tributário, é absolutamente alheia ao objeto do agravo, o qual, por sua vez, visa a impugnar decisão de inadmissibilidade do Recurso Especial, lastreada na Súmula Vinculante nº 24 do STF e na jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, e que há nítida inovação na fundamentação da defesa (fl.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.039).

Assevera que a análise das premissas necessárias à conclusão de que se esgotou o prazo prescricional, contado do lançamento definitivo do tributo, tal como se pretende nos embargos, demandaria amplo e aprofundado revolvimento fático-probatório, incompatível com presente via recursal (fl. 1.040), e que, mesmo na perspectiva de que a apuração do prazo prescricional deve considerar cada crime isoladamente, sem o acréscimo decorrente da continuidade delitiva (art. 119 do Código Penal e Súmula 497/STF), a pena a ser eventualmente fixada pelo juiz sentenciante poderá ser distinta daquela constante na sentença anulada, repercutindo diretamente nos lapsos temporais previstos no artigo 109 do Código Penal (fl. 1.042).

Requer, ao final, o não conhecimento ou o desprovemento dos embargos de declaração, recomendando-se a imediata baixa do feito à primeira instância, para que seja processada a ação penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 109.858 - SP
(2011/0256143-2)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Os embargos não merecem acolhida.

Primeiramente, destaco que a oposição de embargos de declaração serve para o aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio da modificação de julgado que se apresenta ambíguo, omissivo, contraditório, obscuro ou com erro material (art. 619 do CPP).

No caso concreto, não se constata nenhuma das hipóteses ensejadoras dos embargos de declaração, pois o acórdão de fls. 1.008/1.013 foi claro ao consignar que o agravo regimental deixou de atacar, especificamente, o fundamento da decisão agravada, razão pela qual foi aplicada a Súmula 182/STJ.

No entanto, considerando que a extinção da punibilidade pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, constitui matéria de ordem pública, cabendo ao juiz, em qualquer fase do processo, declará-la de ofício, procedo à análise do referido tema.

De início, consta dos autos que o ora embargante foi denunciado pela suposta prática de crime contra a ordem tributária e condenado como incurso no art. 1º, II, III, IV, e V, da Lei n. 8.137/1990 à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 26 dias-multa.

Inconformadas com o *decisum*, ambas as partes apelaram – a acusação, buscando a correção da sentença no tocante à pena pecuniária (fls. 588/589); e a defesa, além da anulação do processo por falta de justa causa, inépcia da denúncia e cerceamento de defesa, a absolvição (fls. 636/705).

O Tribunal de Justiça paulista acolheu a preliminar de falta de justa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa para a ação penal e deu provimento ao recurso da defesa, anulando, por consequência, o processo desde a denúncia, ficando prejudicada a análise do mérito e o recurso do Ministério Público. Afirmou o Colegiado que a atividade persecutória foi iniciada antes mesmo da finalização da apuração tributária na esfera administrativa.

De fato. Quando do oferecimento da denúncia, estava o processo administrativo tributário pendente de julgamento (fl. 137). Veja-se que a inicial acusatória foi recebida em 31/10/2005 (fl. 121), e o esgotamento da fase administrativa apenas se deu em 4/8/2006, consoante ofício expedido pela Delegacia Regional Tributária de Marília à fl. 484.

Sendo assim, agiu corretamente o Tribunal, pois, na época do oferecimento da denúncia, não havia interesse de agir por parte do Ministério Público Federal, carecendo a ação penal de justa causa.

Todavia, no caso, há algumas peculiaridades.

Primeiramente, consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional no crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é o momento da constituição definitiva do crédito tributário, ocasião em que há de fato a configuração do delito, preenchendo, assim, a condição objetiva de punibilidade necessária à pretensão punitiva. Nesse sentido: REsp n. 1.178.381/MG, Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 6/12/2013.

Com efeito, no caso dos autos, anulado o processo desde a denúncia, pelo princípio que veda a *reformatio in pejus* indireta, não pode ser aumentada a pena fixada pela sentença anulada, pois do contrário estaria o réu sendo prejudicado indiretamente pelo seu recurso. E, conquanto oferecida apelação pela acusação, considerada prejudicada, a pena principal não foi impugnada pela acusação, restringindo-se o recurso apenas à pena pecuniária. Sendo assim, a prescrição opera-se pela pena concreta fixada na sentença, nos termos do art. 110, § 1º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pois bem, o Juízo de primeiro grau fixou a pena do ora embargante em 2 anos de reclusão, majorando-a em 1/5, em razão dos maus antecedentes, em 2/3 pela continuidade delitiva, e em 1/3 pela causa especial de aumento prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990, o que resultou em 5 anos e 4 meses de reclusão e 26 dias-multa.

Como o aumento decorrente do crime continuado não é levado em consideração para o cálculo do prazo prescricional (Súmula 497/STJ), tem-se que, para a reprimenda de 3 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, a prescrição ocorre em 8 anos (art. 109, IV, do CP). Vê-se que tal lapso já se consumou, tendo em vista que o recurso administrativo foi concluído em 4/8/2006, motivo pelo qual se deve declarar a prescrição da pretensão punitiva.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração, ante a inexistência de omissão. Contudo, **concedo habeas corpus de ofício**, a fim de reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 107, IV, c/c os arts. 109, IV, e 110, § 1º, todos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0256143-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no AgRg no AREsp 109.858 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 121304 130519820048260047 470120040130512 990081492490

EM MESA

JULGADO: 03/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : AURIMAR ALVES
ADVOGADO : GUILHERME OCTÁVIO BATOCHIO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : AURIMAR ALVES
ADVOGADO : GUILHERME OCTÁVIO BATOCHIO E OUTRO(S)
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, mas, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.