

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 527.703 - SP (2014/0128049-6)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **JOSÉ CARLOS ISSA DIP**
ADVOGADO : **PAULO FERRARI**
AGRAVADO : **FRANCISCO JOSÉ CARONE GARCIA**
ADVOGADO : **JORGE HENRIQUE MONTEIRO MARTINS E**
OUTRO(S)

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Agravo apresentado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que não admitiu seu Recurso Especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, porquanto o posicionamento do acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência da Corte de destino do recurso.

Sustenta o Agravante, em síntese, não haver, na instância especial, entendimento pacificado sobre a matéria.

Nas razões do recurso inadmitido, alega violação ao art. 168-A do Código Penal.

Afirma que o crime de apropriação indébita previdenciária possui natureza material, prescindindo do encerramento do procedimento administrativo fiscal respectivo para ficar configurado, bastando o simples não repasse à Previdência Social, das contribuições descontadas dos segurados empregados.

Pugna seja recebida a denúncia e iniciada a instrução penal.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do Agravo (e-STJ Fls. 422/425).

É o relatório. Decido.

No que toca aos crimes contra a ordem tributária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito tributário, com o conseqüente reconhecimento de sua

exigibilidade, configura condição objetiva de punibilidade, necessária para o início da persecução criminal (cf.: HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.05.2005, p. 6; e ADI 1571, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30.04.2004, p. 27).

Referido entendimento foi consolidado pelo Excelso Pretório na Súmula Vinculante 24, do seguinte teor: “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.”

Na esteira dessa orientação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o delito de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, do Código Penal, é crime omissivo material e não formal, de modo que o prévio exaurimento da via administrativa em que se discute a exigibilidade do tributo constitui condição de procedibilidade da ação penal.

Confira-se:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - CRIME - ESPÉCIE.

A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal.

INQUÉRITO - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e - ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente - a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado.

(AgRg no Inq 2.537/GO, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008).

Como é cediço, antes de tal julgado, prevalecia, neste Tribunal, o entendimento segundo o qual a sonegação e a apropriação indébita previdenciária eram crimes formais, não exigindo para a respectiva consumação a ocorrência do resultado naturalístico consistente no dano para a Previdência, sendo caracterizados com a simples supressão ou redução do desconto da contribuição, não havendo, pois, necessidade de esgotamento da via administrativa quanto

ao reconhecimento da exigibilidade do crédito tributário (cf.: HC 86.783/SP, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 03.03.08).

Entretanto, a partir do precedente da Excelsa Corte (AgRg no Inq 2.537/GO), a jurisprudência deste Tribunal adotou a orientação consistente em considerar tais delitos como materiais, sendo imprescindível, para sua consumação, a constituição definitiva do crédito tributário, com o esgotamento da via administrativa.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A, DO CPB). NATUREZA. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO. CRIME MATERIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

I - Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Princípio da fungibilidade.

II - No que toca aos crimes contra a ordem tributária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual a constituição definitiva do crédito tributário, com o conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade, configura condição objetiva de punibilidade, necessária para o início da persecução criminal (cf.: HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.05.2005; e ADI 1571, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30.04.2004).

III - Tal entendimento foi consolidado pelo Excelso Pretório na Súmula Vinculante 24, do seguinte teor: "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".

IV - Na esteira dessa orientação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o delito de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, do Código Penal, é crime omissivo material e não formal, de modo que o prévio exaurimento da via administrativa em que se discute a exigibilidade do tributo constitui condição de procedibilidade da ação penal (AgRg no Inq 2.537/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 13-06-2008).

V - Antes de tal julgado, prevalecia, neste Tribunal, o entendimento segundo o qual a sonegação e a apropriação indébita previdenciária eram crimes formais, não exigindo para a respectiva consumação a ocorrência do resultado naturalístico consistente no dano para a Previdência, sendo caracterizados com a simples supressão ou redução do desconto da contribuição, não havendo, pois, necessidade de esgotamento da via administrativa quanto ao reconhecimento da exigibilidade do

Superior Tribunal de Justiça

crédito tributário.

VI - A partir do precedente da Excelsa Corte (AgRg no Inq 2.537/GO), a jurisprudência deste Tribunal orientou-se no sentido de considerar tais delitos como materiais, sendo imprescindível, para respectiva consumação, a constituição definitiva do crédito tributário, com o esgotamento da via administrativa.

VII - Sendo a constituição definitiva do crédito previdenciário no âmbito administrativo condição objetiva de punibilidade e tendo o Agravante comprovado a existência de procedimento fiscal em andamento (Processo Administrativo n. 13976.000417/2007-71), com recurso pendente de julgamento, torna-se imperativo o trancamento da presente ação penal.

VIII- Embargos de declaração recebidos como Agravo Regimental e, nestes termos, provido, acolhendo-se a pretensão do Recurso Especial.

(AgRg no REsp 1423762/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 27/03/2014);

HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A, § 1º, I DO CPB). MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. DELITO MATERIAL. IMPRESCINDIBILIDADE DO PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA-FISCAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TODAVIA, TÃO-SOMENTE PARA TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL RELATIVAMENTE À NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO 35.453.676-1.

1. Conforme recente orientação do colendo Supremo Tribunal Federal, o esgotamento da via administrativa, onde se discute a exigibilidade do tributo, é condição de procedibilidade para a instauração de Inquérito Policial para a apuração do delito tipificado no artigo 168-A, §1º, I do CPB. Precedentes do STJ.

2. Conforme informações contidas nos autos, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) 35.453.676-1 encontra-se com a exigibilidade suspensa, em virtude de recurso interposto.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem parcialmente concedida, todavia, para trancar o Inquérito Policial, tão-somente quanto à Notificação Fiscal de Lançamento de Débito 35.453.676-1.

(HC 97.789/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 08/02/2010).

HABEAS CORPUS. ART. 168-A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE.

1. "Consoante recente orientação do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, o procedimento administrativo de

Superior Tribunal de Justiça

apuração de débitos se constitui em condição de procedibilidade para a instauração da ação penal." (REsp nº 875.897/CE, Relator para acórdão o Ministro Paulo Gallotti, DJ de 15.12.08).

2. No caso, consta das informações prestadas pelo Juízo de origem que ainda se encontra em tramitação o processo administrativo no qual se questiona a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD). Assim, forçoso reconhecer que não se tem por preenchida a condição de procedibilidade.

3. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal.

(HC 164.864/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 09/08/2010).

Na mesma linha: HC 153.729/PA, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 02.02.2012; e HC 137.761/SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14.02.2011.

Isto posto, com fulcro nos arts. 544, § 4º, II, a, do Código de Processo Civil combinado com o 3º do Código de Processo Penal, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo em Recurso Especial.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 1º de agosto de 2014.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora