



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Jurisprudência dos Tribunais Superiores e a Superveniência da Lei n. 12.382/11.

Camilla Teixeira de Assumpção

Rio de Janeiro  
2012

CAMILLA TEIXEIRA DE ASSUMPÇÃO

**A Jurisprudência dos Tribunais Superiores e a superveniência da Lei n. 12.382/11**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2012

## A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.382/11

Camilla Teixeira de Assumpção

Graduada pela Universidade Federal  
do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho visa a analisar os efeitos da alteração legislativa em sentido diverso de orientação jurisprudencial já consolidada nos tribunais superiores. Ademais, pretende-se uma reflexão sobre a legitimidade da proteção penal no que toca aos bens jurídicos nos delitos tributários e previdenciários, tendo em vista o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal. Aborda-se no texto a diversidade de opiniões quanto a referida legitimidade, bem como da atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário no trato do bem jurídico em comento. Assim, o objetivo do presente trabalho é abordar as diferentes correntes acerca do assunto, verificar quais os fundamentos de cada uma e apresentar a que parece mais adequada aos institutos do Processo Penal.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Lei n. 12.382/11. Delito tributário. Delito previdenciário. Conflito entre lei e jurisprudência. Lei no tempo.

**Sumário:** Introdução. 1. O cenário legislativo e jurisprudencial anterior à Lei n. 12.382/11. 2. A (in) constitucionalidade formal da nova lei. 3. Princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. 4. Lei penal e processual penal no tempo. 4.1. Lei penal no tempo. 4.2 Lei processual penal no tempo. 4.3 Natureza jurídica da Lei n. 12.382/11. Conclusão. Referências

### INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da alteração legislativa superveniente quando há jurisprudência dos tribunais superiores em sentido diametralmente oposto. Um dos objetivos do presente estudo é aferir se ocorreu uma tentativa do Poder Legislativo de alterar o entendimento jurisprudencial e

adequar os delitos tributários e previdenciários aos princípios norteadores do Direito Penal. Isso porque a seara penal inclui um complexo de princípios que orientam o legislador para que uma conduta seja eleita crime e um bem jurídico passe a receber a sua tutela. Dessa maneira, deve ser objeto da proteção penal apenas aqueles bens que possuem a maior relevância, bem como apenas devem ser incriminadas aquelas condutas que outros ramos do Direito não foram aptos a tutelar.

No que toca aos delitos tributários, muito se discute quanto à necessidade de proteção dos respectivos bens jurídicos pelo Direito Penal. Isso porque haveria diversos outros campos do Direito capazes de resguardar o erário e porque haveriam outros bens jurídicos mais relevantes, como é o caso da vida.

Muitas críticas se fundamentam na ideia de que o Direito Penal estaria sendo desvirtuado, visto que seria utilizado como meio de cobrança pelo Fisco.

O fato que rende ensejo a tal raciocínio é a aceitação, pela jurisprudência até então consolidada, de que o pagamento ou parcelamento dos débitos tributários feitos a qualquer tempo afastariam a punibilidade do estado, uma vez que restaria eliminada a ofensa ao bem jurídico tributário.

De modo a disciplinar o instituto, diversos diplomas legislativos se sucederam no tempo, o que deu margem ao nascimento de diversas teses quanto ao assunto e ensejou grande instabilidade e insegurança jurídica.

A última expressão da aludida sucessão ocorreu com a edição da Lei n. 12.382/11, que alterou o marco temporal para a extinção da punibilidade no caso do parcelamento do débito tributário.

Consoante nova previsão legal, a extinção da punibilidade só poderá ocorrer se o parcelamento for realizado em momento posterior ao recebimento da denúncia. Referida previsão vai de encontro ao consolidado entendimento jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque tais tribunais posicionavam-se no sentido de que o parcelamento feito em qualquer momento da instrução penal teria o condão de extinguir a punibilidade, tendo em vista que estaria sanada a ofensa ao bem jurídico penal.

Deve-se notar que a superveniência de lei em sentido oposto ao emanado nos julgamentos do Poder Judiciário conduz à indagação no sentido acerca da possibilidade e legitimidade de tentativa de controle do Poder Legislativo sobre entendimento emanado pelo mencionado Poder.

A justificativa para a importância do tema na seara jurídica se relaciona ao abalo na harmonia e independência entre os poderes que o referido conflito pode representar. Isso porque cabe ao Poder Legislativo a produção de leis, entretanto ao Poder Judiciário compete interpretá-las. Desse modo, indaga-se a respeito de eventual alternância de entendimentos que a divergência pode ensejar.

Dessa maneira, procura-se identificar os limites e possibilidades de uma atuação legítima dos poderes em comento, bem como eventuais consequências do aludido conflito oriundo da atuação dissonante.

## **1. CENÁRIO LEGISLATIVO E JURISPRUDÊNCIAL ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.382/11.**

Antes da superveniência da Lei nº 12.382/11, a lei que disciplinava o parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social, bem como estabelecia a possibilidade de suspensão da pretensão punitiva e o marco temporal da extinção da punibilidade era a Lei nº 10.684/03, para o caso de débitos vencidos até 28 de fevereiro de 2003. Nesse sentido, o seu artigo 9º estabelecia que:

Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Diante dessa previsão legislativa e da ausência de termo legal para a eficácia penal do parcelamento a jurisprudência dos tribunais superiores firmou-se no sentido de que a concessão do parcelamento da dívida tributária, bem como a consequente extinção da punibilidade poderia ocorrer a qualquer tempo no transcurso do processo criminal, inclusive após a prolação de sentença condenatória. Referido entendimento sedimentou-se com fundamento na premissa de que principal propósito da mencionada lei é obstar prosseguimento da ação

penal, tendo em vista que o parcelamento enseja o adimplemento do débito e a satisfação do sujeito passivo do delito.

Isso porque o magistrado deve balancear os efeitos jurídicos e sociais de sua decisão. Dessa maneira, impõe-se, numa visão conjunta do sistema legal, evitar o esvaziamento do conteúdo das regras, sendo imprescindível buscar a verdadeira mens legis, de modo a adequar o caso concreto ao conteúdo e espírito da norma penal. De modo a ilustrar tal entendimento segue extrato do Informativo nº 582 do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

A Turma deferiu, em parte, habeas corpus em que acusados pela suposta prática dos delitos previstos no art. 1º, II e IV, da Lei 8.137/90 - na medida em que teriam implementado atos com o objetivo de se furtarem à incidência tributária - requeriam a suspensão da pretensão punitiva em razão do parcelamento dos débitos tributários. No caso, os pacientes foram condenados em primeira instância, decisão essa confirmada pelo TRF da 3ª Região, sendo intentados, em seguida, os recursos especial e extraordinário. Ocorre que, diante do parcelamento do débito tributário, os pacientes requereram a suspensão da pretensão punitiva ao TRF, tendo seu pleito sido negado ao fundamento de que não teria sido demonstrada, a partir de prova inequívoca, a inserção do débito tributário no programa de parcelamento ou o integral pagamento da dívida fiscal. Contra essa decisão, fora impetrado habeas corpus no STJ, o qual fora denegado. Reitera a presente impetração, que, nos termos do art. 9º da Lei 10.684/2003, suspendem-se a pretensão punitiva e o prazo prescricional durante o período no qual a pessoa jurídica relacionada com o agente a quem imputada a prática dos crimes estiver incluída no regime de parcelamento, não se justificando, portanto, determinar o início da execução da pena. Assentou-se que, consoante o art. 9º da Lei 10.684/2003, fica suspensa a pretensão punitiva do Estado atinente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e nos artigos 168-A e 337-A do CP, durante o período no qual a pessoa jurídica relacionada com o agente dos citados delitos fizer-se incluída no regime de parcelamento. Ressaltou-se que a interpretação teleológica do preceito conduziria a assentar-se que, ainda em curso o processo penal, poderia dar-se a suspensão aludida, pouco importando já existir sentença condenatória no cenário. Registrou-se que o que caberia perquirir é se ainda não teria havido a preclusão, no campo da recorribilidade, do decreto condenatório. Salientou-se que o objetivo maior da norma seria impedir a ocorrência de glosa penal, o prosseguimento do processo-crime, esteja em que fase estiver, quando verificado o parcelamento e, portanto, o acerto de contas entre os integrantes da relação jurídica reveladora do débito fiscal. Nesta óptica, implementou-se a suspensão do título executivo judicial tal como prevista no art. 9º da Lei 10.684/2003. Enfatizou-se que a

empresa aderira ao programa excepcional de parcelamento de débitos antes do trânsito em julgado da decisão, permanecendo ela na situação própria ao parcelamento, tendo jus à suspensão de eficácia do título executivo judicial, sendo que, cumpridas as condições do parcelamento, com a liquidação integral do débito, dar-se-á a extinção da punibilidade.<sup>1</sup>

A doutrina também se firmou nesse sentido ao afirmar que:

uma leitura apressada, feita sob a ótica da disciplina do antigo Refis, do novo § 2º do art. 9º poderia levar à crença de se tratar de norma que faz referência ao momento final do parcelamento, ou seja, que o final do parcelamento, implicando em pagamento, levaria à extinção da punibilidade. Sim, o entendimento está correto, mas o dispositivo diz mais que isso. Em nosso entender, o dispositivo pode perfeitamente ser interpretado de forma a permitir que sempre que houver pagamento, independentemente de ser o momento final do parcelamento, extinta estará a punibilidade e, agora, sem limite temporal, isto é, sem que o recebimento da denúncia inviabilize o efeito jurídico-penal do pagamento integral do tributo. Essa interpretação se assenta em dois fundamentos. Primeiro deles: na disciplina anterior (do Refis), o § 3º expressamente atrelava a extinção da punibilidade ao pagamento das parcelas do parcelamento, verbis: Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal (grifamos). A nova disciplina é bem diferente sob este aspecto, confira-se: Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios (art. 9º, § 2º). O segundo deles reside na questão da igualdade: se o agente pode, a qualquer momento, parcelar o débito, suspendendo a punibilidade que, ao cabo do parcelamento, será extinta, com maior razão a mesma extinção deve atingir aquele que opta por, num só ato, pagar integralmente o débito.<sup>2</sup>

Com o advento da Lei ° 11.941/09 passou-se a permitir que aqueles que têm débitos vencidos até 28 de novembro de 2011 e que aderiram ao parcelamento e não cumpriram o estabelecido ou ainda não haviam aderido

---

<sup>1</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 96.681. Primeira Turma. Ministro Relator Marco Aurélio. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+e+96681%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/qjqd9hm>> Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 15 de junho de 2012.

<sup>2</sup> ESTELLITA, Heloisa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da lei n. 10.684/03. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.130, p. 2-3, set. 2003.

passassem a se beneficiar da suspensão da pretensão punitiva e posterior extinção da punibilidade pelo pagamento.

Alguns<sup>34</sup> sustentavam que a Lei nº 11.941/09 teria, em seu artigo 69, revogado a lei anterior. Entretanto a interpretação que ganhou força foi aquela no sentido de que o artigo 69, da lei nº 11.941/2009, não revogou o § 2º, do artigo 9º, da lei nº 10.684/2003, porque tratou de situação distinta. Dessa maneira resta afastada a revogação da lei mais antiga pela mais recente, visto que dependeria de revogação expressa, o que não correu.

Enquanto a lei posterior lei relaciona-se aos débitos objeto de anterior parcelamento, a Lei nº 10.684/03 tem maior amplitude, uma vez que se aplica a todos, ainda que não submetidos ao regime de parcelamento.<sup>5</sup>

Havia diversas críticas a esse entendimento, pois o Direito Penal estaria sendo utilizado como meio de cobrança de débitos de cobrança, o que desvirtuaria seu caráter de ultima ratio. Outro argumento é no sentido de que ao cominar pena de prisão para tais delitos, o legislador ordinário estaria criando hipótese de prisão civil por dívida. o que é vedado pela Constituição da República. Nesse sentido aduz Eudes Quintino de Oliveira Jr.:

a preocupação maior do Estado não reside em perquirir a conduta por ação ou omissão do agente provocador do ilícito tributário. É mais relevante o recebimento do tributo do que qualquer avaliação jurídico-

---

<sup>3</sup> HARADA, Kiyoshi. *Crimes Tributários – Subsiste a Extinção da Punibilidade pelo Pagamento?*. In [http://www.elciopinheirodecastro.com.br/documentos/artigos/01\\_10\\_2010.pdf](http://www.elciopinheirodecastro.com.br/documentos/artigos/01_10_2010.pdf). Acesso em: 07/06/2012.

<sup>4</sup> SOUZA, Ricardo Brun. *A legislativa recente inovação nos crimes tributários e contra a previdência social introduzida pela Lei n. 12.382/11*. In <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo-a-recente-inovacao-legislativa-nos-crimes-tributarios-e-contra-a-previdencia-social-introduzida-pe-la-lei-n%C2%B0-12,33433.html>. Acesso em: 07/06/2012.

<sup>5</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Crimes Tributários: extinção da punibilidade pelo parcelamento e pelo pagamento*. In <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/03/17/crimes-tributarios-extincao-da-punibilidade-pelo-parcelamento-e-pelo-pagamento/>. Acesso em: 25/02/2012, às 17:30h.

penal da conduta e até mesmo a imposição da pena prisional. O caminho da ação penal passa a ser uma opção viável, com bons resultados, substituindo até mesmo a cobrança na esfera cível.<sup>6</sup>

A inconstitucionalidade do dispositivo também foi suscitada<sup>7</sup>, pois o mesmo violaria o princípio republicano, bem como seus subprincípios concretizadores, como a igualdade, a cidadania e a moralidade. A ofensa estaria no fato de que o fisco trataria de maneira equânime aquele que cumpre suas obrigações nos prazos legais e aquele que deixa de cumprir suas obrigações fiscais, além de tentar ludibriar, enganar, falsificar ou omitir declarações.

Ao permitir o parcelamento a qualquer tempo, o Estado estaria outorgando ao sonegador vantagens indevidas, o que enseja a reiteração da conduta delitiva. Isso porque, na prática, o que acontece é o adiamento do pagamento do tributo, sem que haja nenhuma consequência. Referida possibilidade acaba por dar mesmo tratamento àquele que paga o tributo em seu vencimento e aquele que espera o fim do processo administrativo fiscal e o transcurso da ação penal para só então efetuar o pagamento ou parcelamento.

Por outro lado, sustenta-se que o parcelamento no curso da ação penal mostra-se como possibilidade de adesão a programa de parcelamento viável. Isso porque a ausência de marco temporal para concessão do parcelamento constitui maneira de estímulo ao parcelamento e adimplemento do débito tributário. Dessa forma, o sistema tributário nacional é mantido hígido e é mantida a arrecadação que custeará os serviços essenciais.

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA JR., Eudes Quintino de. *Extinção da punibilidade nos crimes tributários*, em [http://www.unorp.br/downloads\\_blogs/Extincao\\_da\\_punibilidade\\_nos\\_crimes\\_tributarios.pdf](http://www.unorp.br/downloads_blogs/Extincao_da_punibilidade_nos_crimes_tributarios.pdf).>Acesso em 26/02/2012, às 14:24h.

<sup>7</sup> ADI nº 3002, julgada prejudicada em razão da superveniência da Lei nº 11.684/09, em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 26/02/2012, às 19:46h

Aqueles que entendem nesse sentido defendem que a prisão nos crimes fiscais deve ocorrer apenas em casos excepcionais. Isso porque referida medida pode ensejar o desaparecimento de algumas empresas, o que acarretaria nível de desemprego existente na atualidade. A prisão daquele que comete ilícito fiscal não se justifica, nem atende aos reclamos de uma política criminal construtiva. Ademais, sustentam que a o parcelamento do débito fiscal seria uma demonstração de que a intenção de fraude ao Fisco resta afastada, o que enseja a inexistência de agressão ao bem jurídico tutelado.

Cabe notar que há quem<sup>8</sup> sustente no parcelamento fiscal há a novação da dívida, isto é, ou seja, ocorre a extinção e substituição da anterior ante a assunção de uma nova dívida.<sup>9</sup> Isso significa que obrigação original tem seu fim e ocorre o surgimento de outra distinta da anterior. Dessarte, desaparece a obrigação tributária que rendeu ensejo ao delito tributário cometido, o que enseja imediata extinção da punibilidade em relação ao agente.

Nessa linha de raciocínio, a previsão no ordenamento de causas suspensivas e extintivas da punibilidade nos crimes tributários e previdenciários não representaria algo imoral ou injusto. Na verdade, haveria evidente demonstração de que o interesse do Estado em arrecadar tributos supera o interesse em punir o agente.

---

<sup>8</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* 26610/SC. Sexta Turma. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=rhc+26610&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=rhc+26610&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 15 de junho de 2012.

<sup>9</sup> Artigo 360, inciso I, do Código Civil. BRASIL, Lei n. 10.471 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 07/06/2012.

## 2. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI Nº 12.382/11

Além das discussões sobre os moldes da extinção da punibilidade trazidos pela lei em comento, questiona-se, ainda, a sua constitucionalidade no aspecto formal.

Sustenta-se que ocorreram violações ao devido processo legislativo. Isso porque a matéria penal tributária, em razão de previsão no Regimento interno da Câmara, teria sido inserida no mencionado diploma legal, que trata do salário mínimo, para que o projeto de lei tivesse prioridade na votação na Câmara dos Deputados. Ademais, houve ofensa ao artigo 7º, da Lei Complementar nº 95/98, que disciplina a elaboração e redação de leis, vez que uma mesma disciplinou objetos distintos, trazendo assunto não vinculado por afinidade, pertinência ou conexão.<sup>10</sup>

Nesse sentido também entendem Maicon Gudes e Francisco Rêgo Monteiro Rocha Jr. ao aduzirem que:

[...] o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal dispõe que "Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis" e a Lei Complementar 95 de 1998, em seu artigo 7º, II estabelece que "II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;". E nesse ponto poder-se-ia indagar: o que Salário Mínimo tem a ver com mudança os procedimentos de suspensão e extinção da punibilidade de crimes tributários mesmo?<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: (...) II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

<sup>11</sup> GUEDES, Maicon e ROCHA JR., Francisco Rêgo Monteiro, *Lei de punibilidade de crimes tributários não é nova*, in <http://revista.oabjoinville.org.br/artigos/Lei-de-Punibilidade-de-Crimes-Tributarios-nao-e-nova---Francisco-Rocha-e-Maicon-Guedes---2011-04-07---v-final2.pdf>, acesso em 14/03/2012, às 14:30h.

Outro argumento em favor da inconstitucionalidade é aquele que afirma que a em comento originou-se da Medida Provisória nº 516/2010, que provisoriamente instituiu o valor do novo salário mínimo, sem querer discutir a "urgência" de tal assunto. Dessa forma, questiona-se a viabilidade de uma medida provisória que versava exclusivamente sobre o reajuste do salário mínimo comportar alteração em matéria penal tributária.

Referida lei não surgiu de projeto de lei de discussões das Comissões de Constituição e Justiça das casas legislativas. Em razão disso, a ofensa seria flagrante porque a Lei nº 12.382/11 institui norma penal que reduz garantias do cidadão, maculando o princípio da legalidade e o artigo 62, §1º, alínea "b", da Constituição da República, que veda o trato de matérias de Direito Penal em Medidas Provisórias e suas emendas.

### **3. OS PRINCÍPIOS PENAIIS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE**

Reza o primeiro princípio que o Direito Penal apenas deve ser utilizado para proteção de ofensa aos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, quando o bem jurídico não puder ser tutelado por qualquer outro ramo do Direito. Dessa maneira, o Direito Penal será a última ferramenta entre todas as possibilidades de tutela do bem, atuando apenas quando falharem os demais meios de solução social.

Nesse contexto, princípio da intervenção mínima (ou ultima ratio) norteia o Estado no sentido de que seu poder punitivo apenas pode interferir quando houver ofensa ou possível afronta aos bens jurídicos elegidos como de maior importância por determinada sociedade. Outra faceta de tal postulado é a descriminalização de certas condutas em razão da evolução social, que faz com que aquele meio social deixe de conferir relevo à bens jurídicos que antes eram extremamente importantes.

Consoante doutrina de Cezar Roberto Bitencourt "*a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico*". Aduz ainda que o Direito Penal possui caráter subsidiário, devendo, antes de utilizá-lo, esgotar-se os outros ramos do Direito.<sup>12</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli defendem a aplicação do mencionado preceito em toda a América Latina "*em face de nossa característica de países periféricos, que sofrem os efeitos do injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento.*"<sup>13</sup>

O aludido papel do Direito Penal se justifica pelo fato de que é este a seara que disciplina a sociedade de maneira mais violenta, uma vez que tem a possibilidade de atingir o direito fundamental da liberdade ambulatorial por meio da aplicação de pena privativa de liberdade.

Já o postulado da fragmentariedade denota que o Direito Penal se ocupa apenas com o castigo conferido às condutas mais graves praticadas em detrimento

---

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, v. 1, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 17-18.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, 5. ed. rer. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 79.

dos bens jurídicos de maior relevância. Há uma eleição dos ilícitos oriundos na necessidade de criminalizá-los em virtude da imprescindibilidade da proteção outorgada pelo Direito Penal.

Sobre tal princípio o penalista Rogério Greco afirma que:

uma vez escolhidos aqueles bem fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal. [...] Depois da escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do Direito Penal.<sup>14</sup>

Ao se considerar crime o ataque ao bem jurídico penalmente relevante, o alcance dos comportamentos criminalizados pelo Estado é estreitado significativamente por meio de imposição de limites tanto de ordem objetiva quanto referentes à técnica de tutela do mencionado objeto.

Insta salientar que a estrita legalidade é o que determina a legitimidade da prática do poder contaminado por definidos conteúdos, cabendo aos particulares a simples submissão de suas ações aos preceitos emanados legalmente pelo Estado.

Sérgio Salomão Shecaira aduz que somente "os ataques intoleráveis a bens jurídicos absolutamente imprescindíveis é que explicam a ação mais grave e aguda do Estado para assegurar proteção ao bem jurídico posto em perigo".<sup>15</sup>

Uma das críticas que se faz aos delitos tributários e previdenciários diz respeito ao fato de que a tutela fragmentaria dos bens jurídicos penais teria se transformado de um princípio negativo (não há crime sem lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos) em um princípio positivo criminalizador, sendo exigida

---

<sup>14</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 6ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 65-66.

<sup>15</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de acordo com a Lei 9.605/98*. p. 133.

criminalização de condutas que maculem bens jurídicos, que, na verdade, ocultam a proteção de meros interesses e funções estatais. Dessarte, referidos crimes consubstanciarão mecanismo utilizado pelo Fisco apto a pressionar o pagamento realizado pelos contribuintes e adaptável às conveniências da política econômica de determinado contexto.

Cumprir notar que a inclusão do parcelamento e do pagamento dos tributos, respectivamente, entre as causas de suspensão e de extinção da pretensão punitiva estatal, denotou grande avanço quanto à teoria do bem jurídico. Isso porque o dano ao erário tornou-se circunstância indispensável à punibilidade daquele que comete delito tributário.

Outra crítica que se faz a aludida tutela seria que a tipificação dos delitos em comento teria como fim único de reforçar a coercibilidade do pagamento dos tributos, de modo a ensejar o aumento da arrecadação e empreender maior velocidade nela.

#### **4. LEI PENAL E PROCESSUAL PENAL NO TEMPO**

##### **4.1. Lei penal no tempo**

Como regra geral, a lei de natureza penal, ainda que revogada, pode permanecer regulando acontecimentos ocorridos no momento da sua vigência, bem como pode retroagir para atingir fatos que ocorreram antes de sua vigência. Referida possibilidade ostenta o nome de extra-atividade da lei penal.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XL, prevê a absoluta impossibilidade de retroação da lei penal em prejuízo ao agente: "XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;".

Por ostentar status constitucional, a ultratividade da lei penal benéfica consubstancia-se em direito público subjetivo concernente a qualquer autor de delitos.

Seguindo os ditames da normal constitucional, nesse sentido conformou o artigo 2º, caput, do Código Penal: "ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória."

Dessarte, a exceção a esta regra ocorre no caso da norma superveniente que acarreta algum benefício para o réu, ocasião em que retroagirá (retroatividade *in mellius*). Nesse sentido é parágrafo único do aludido artigo do Código Penal:

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. A lei posterior benéfica apenas não terá aplicação no caso de o agente já ter cumprido a pena a ele imposta.

Destaque-se que, para determinar o tempo do crime, o Código Penal brasileiro adotou a teoria da atividade, conforme se deduz de seu artigo 4º:

Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Dessa maneira, o momento em que praticada a conduta será aquele que irá nortear a aplicação da lei penal.

No caso de sucessão de leis no tempo, devem ser comparadas as leis editadas em sequência, de forma a possibilitar a aplicação daquela que mais favorece ao réu.

Quanto à jurisprudência, a maioria dos doutrinadores entende que não deve ser aplicada a vedação de irretroatividade em prejuízo ao réu, pois apenas em momento posterior à manifestação da jurisprudência a sociedade teria ciência do verdadeiro sentido da lei penal. Assim, em caso de mudança jurisprudencial em desfavor do réu não representaria abalo ao princípio da confiança nas manifestações dos Tribunais.<sup>16</sup>

Contudo, Rogério Greco sustenta que se o agente praticou uma conduta por acreditar que se cuidava de comportamento lícito em razão do entendimento jurisprudencial e se há alteração neste entendimento não poderá sofrer as consequências maléficas disto. Isso porque incorreu em erro de proibição. Segundo o autor, a interpretação jurisprudencial benéfica ao agente deverá retroagir.<sup>17</sup>

#### 4.2. Lei processual penal no tempo

Reza o artigo 2º, do Código de Processo Penal, que "a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior."

Majoritariamente, entende-se que as referidas leis são norteadas pelo princípio *tempus regit actum*, isto é deve ser aplicada a lei vigente ao tempo da

---

<sup>16</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal - Parte Geral*, 4. ed. rev. ampli. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 53-54.

<sup>17</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 127.

prática do ato processual e não da prática do fato objeto da ação penal. Dessa maneira, restaria excluída a regra da irretroatividade legal maléfica.<sup>18</sup>

Nesse sentido entende Eugênio Pacelli de Oliveira ao salientar que:

[...] no que se refere às lei processuais no tempo, segue-se a regra de toda legislação processual: aplicam-se de imediato, desde a sua vigência, respeitando, porém a validade dos atos realizados sob o império da legislação anterior.<sup>19</sup>

A aplicação do aludido princípio se justifica pelo fato de que as normas processuais não regulam matéria de fato, mas apenas regras de procedimento. Dessarte, não possuem como condição para aplicação o conhecimento acerca de suas determinações.

Nesse sentido também entende o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. IMPROCEDÊNCIA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração são inadmissíveis quando a matéria que foi objeto de exame na decisão embargada restou apreciada sem omissão. Precedentes: HC 100.154-ED/MT, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 26/04/2011, AI 776.875 AgR-ED-ED-ED/DF. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Julgamento em 19/4/2011, DJE 2/5/2011). 2. O acórdão embargado apreciou a matéria objeto dos declaratórios mediante debates que foram incorporados expressamente ao voto do relator para o acórdão. Ausência de omissão, obscuridade ou contradição. 3. In casu, a ordem foi indeferida pelos seguintes argumentos: a) utilização do habeas corpus em substituição ao recurso extraordinário, sem qualquer excepcionalidade que permita a preterição do meio de impugnação previsto pela Lei, configura banalização da garantia constitucional, motivo pelo qual deve ser combatida; b) aplicação do princípio da identidade física do juiz no processo penal antes do advento da Lei nº 11.719/08, sob a perspectiva da instrumentalidade das formas, o que impunha reconhecer nulidade apenas no caso de patente descompasso entre a decisão e as provas colhidas. (HC 74.131/MG, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 18/10/1996), inócurre in casu; c) no caso concreto, a sentença condenatória foi proferida em consonância com as provas dos autos; d) o princípio tempus regit actum, a nortear o conflito de

<sup>18</sup>SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal - Parte Geral*, 4. ed. rev. ampli. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 52-53.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24

leis processuais penais puras no tempo, impedia a aplicação retroativa da regra que impõe a identidade física do juiz, introduzida no CPP após o advento da sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes. 4. Embargos de declaração rejeitados.<sup>20</sup>

#### 4.3. Natureza da regra contida na Lei nº 12.342/11

Discute-se acerca da natureza jurídica das regras atinentes às causas de extinção da punibilidade.

Entende-se que sua natureza jurídica é mista, por constituírem institutos de Direito Penal e de Direito Processual Penal, estando previstas e reguladas em ambos os códigos. Desse modo, deve ser seguido o conteúdo normativo das normas de Direito Penal, uma vez que não se mostra possível a fragmentação normativa, sendo possível aplicar a irretroatividade da lei penal desfavorável ao agente.

Contudo há que sustente que a norma em comento ostenta natureza de direito material, o que implicaria, do mesmo modo, a observância da legislação vigente na data do fato. Isso porque a aplicação da lei penal no tempo é regida pelos princípios do *tempus delicti commissi regit actum* (lei penal incide sobre os fatos ocorridos na sua vigência) e o da irretroatividade da lei penal mais gravosa.<sup>21</sup>

Nesse sentido é o seguinte julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA OS COSTUMES - DELITO DE ESTUPRO PRESUMIDO - CASAMENTO DO

---

<sup>20</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 104075 ED/SE. Primeira Turma. Ministro Relator Luiz Fux <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+104075%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/novpy2q>> Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 15 de junho de 2012.

<sup>21</sup> PESSOA, Leonardo. *As novidades sobre a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária*, in <http://jus.com.br/revista/texto/18686/a-lei-no-12-382-11-e-as-novidades-sobre-a-extincao-da-punibilidade-dos-crimes-contra-a-ordem-tributaria#ixzz1p6eQr9vy>, acesso em 12/03/2012, às 15:34h

AGENTE COM A VÍTIMA - FATO DELITUOSO QUE OCORREU EM MOMENTO ANTERIOR AO DA REVOGAÇÃO, PELA LEI Nº 11.106/2005, DO INCISO VII DO ART. 107 DO CÓDIGO PENAL, QUE DEFINIA O "SUBSEQUENS MATRIMONIUM" COMO CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE - "NOVATIO LEGIS IN PEJUS" - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE APLICAR, AO CASO, ESSE NOVO DIPLOMA LEGISLATIVO ("LEX GRAVIOR") - ULTRATIVIDADE, NA ESPÉCIE, DA "LEX MITIOR" (CP, ART. 107, VII, NA REDAÇÃO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 11.106/2005) - NECESSÁRIA APLICABILIDADE DA NORMA PENAL BENÉFICA (QUE POSSUI FORÇA NORMATIVA RESIDUAL) AO FATO DELITUOSO COMETIDO NO PERÍODO DE VIGÊNCIA TEMPORAL DA LEI REVOGADA - EFICÁCIA ULTRATIVA DA "LEX MITIOR", POR EFEITO DO QUE IMPÕE O ART. 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO (RTJ 140/514 - RTJ 151/525 - RTJ 186/252, v.g.) - INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE PREVISTA NO ART. 107, INCISO VII, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 11.106/2005 ("LEX GRAVIOR") - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. - O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade sobre fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da "lex gravior". A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica - sob cuja égide foi praticado o fato delituoso - deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. - A derrogação do inciso VII do art. 107 do Código Penal não tem - nem pode ter - o efeito de prejudicar, em tema de extinção da punibilidade, aqueles a quem se atribuiu a prática de crime cometido no período abrangido pela norma penal benéfica. A cláusula de extinção da punibilidade, por afetar a pretensão punitiva do Estado, qualifica-se como norma penal de caráter material, aplicando-se, em consequência, quando mais favorável, aos delitos cometidos sob o domínio de sua vigência temporal, ainda que já tenha sido revogada pela superveniente edição de uma "lex gravior", a Lei nº 11.106/2005, no caso.<sup>22</sup>

Certo é que, independentemente do posicionamento que se adote, o princípio que norteará a aplicação das regras da Lei nº 12.382/2011 quanto ao momento da extinção da punibilidade é o da irretroatividade da lei penal desfavorável ao réu.

---

<sup>22</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 90140/GO. Segunda Turma. Ministro Relator Celso de Mello <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+90140%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/nsq3al>> Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 15 de junho de 2012.

## CONCLUSÃO

Conquanto se critique a criminalização do não pagamento dos valores devidos a título de tributo, é de se notar que esta é pacificamente aceita pela jurisprudência e majoritariamente pela doutrina.

Referida discussão tem por base o fato de que a relação jurídico-tributária envolve uma questão patrimonial, visto que o tributo constitui uma prestação pecuniária e o seu não pagamento é sancionado com uma penalidade de caráter pecuniário, o que afastaria o Direito Penal, tendo em vista seu caráter de ultima ratio.

Note-se que o regramento legislativo acerca da extinção da punibilidade nos delitos tributários, assim como sobre a suspensão da pretensão punitiva vem sofrendo diversas alterações ao sabor dos interesses da arrecadação.

O Direito Penal Tributário ostenta como objetivo a preservação do Erário, ou seja, o contribuinte é compelido a pagar os valores devidos, sob pena de sofrer sanção de natureza penal. Assim, o objetivo maior não consiste na segregação daqueles que podem simbolizar perigo para a sociedade.

A sucessão de diversos avanços e retrocessos legislativos quanto ao marco temporal para a extinção da punibilidade no delito tributário enseja a existência de um caos legislativo, que se reflete de maneira negativa na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Isso porque estes tendem a adotar a interpretação mais favorável ao contribuinte em débito, o que representa mácula ao princípio da

isonomia, visto que uma mesma situação fática, conforme a época de seu acontecimento, implica tratamento jurídico diferenciado.

Especificamente, quanto à Lei n. 12.382/11, que foi editada no contexto fático em que ocorreu um grande número de exclusões do regime de parcelamento, ocorreu uma tentativa de afastar o entendimento daqueles que entendem que o Direito Penal estaria sendo utilizado como meio para cobrar as dívidas tributárias. Ademais, a mencionada lei representa tentativa de impedir que o débito tributário objeto da ação penal possa ser renegociado a qualquer tempo, o que implicaria a inútil deflagração de ação penal, visto que não mais será movimentada a máquina estatal em processo que poderia culminar com a suspensão em razão do deferimento do parcelamento do citado débito.

A superveniência de lei que dispõe de modo diverso da já consolidada jurisprudência dos Tribunais Superiores encerra verdadeiro caso de lei superadora de jurisprudência, isto é, por meio da interposição legislativa faz-se uma tentativa de alterar o entendimento anterior sobre determinada matéria.

A criação de lei dissonante do entendimento jurisprudencial já consolidado denota tentativa de controle do Poder Executivo e do Poder Legislativo sobre as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sobretudo quando a lei se origina de Medida Provisória, como é o caso da lei em comento.

Embora alguns<sup>23</sup> possam sustentar que se cuida de ofensa à separação e harmonia dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição da República em razão do controle que estaria sofrendo o Poder Judiciário, deve-se atentar para o fato de

---

<sup>23</sup> ROSAL, Albérico Benvindo. *Medidas Provisórias e a Separação dos Poderes*. In [http://www.faete.edu.br/revista/medidas\\_provisorias\\_e\\_a\\_separacao\\_dos\\_poderes\\_Benvindo\\_Rosal2.pdf](http://www.faete.edu.br/revista/medidas_provisorias_e_a_separacao_dos_poderes_Benvindo_Rosal2.pdf). Acesso em: 07/06/2012.

que o Poder Executivo e o Legislativo são compostos por representantes legitimamente escolhidos pelo povo — titular do poder constituinte do estado —, que têm a função de mediação entre o povo presente e o povo ausente politicamente.<sup>24</sup> Dessarte, citados poderes devem nortear suas escolhas em consonância com a vontade da soberania popular.

Cabe salientar que a edição de lei em conflito com a jurisprudência pacífica pode acarretar consequências maléficas para a sociedade. Isso porque, embora a manifestação do Legislativo seja expressão da soberania popular, o Poder Judiciário poderá, ainda, afastar a aplicação da nova lei ou mesmo conferir interpretação distinta por meio de seus controles de legalidade e de constitucionalidade, o que ensejaria insegurança jurídica em virtude da alternância de entendimentos distintos.

De certa forma a edição de lei em dissonância do entendimento dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que consistem em fontes de parâmetros de controle de constitucionalidade e de legalidade respectivamente, implica no exercício do mencionado controle de forma transversa. Entretanto, também não prospera o entendimento daqueles que sustentam a necessidade da norma que em sentido contrário ao jurisprudencial ostentar natureza de emenda constitucional no caso de interpretação realizada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Isso porque tanto a emenda constitucional quanto a lei infraconstitucional consistem em manifestações do Poder Legislativo, que não podem ser subordinadas ao entendimento do citado tribunal superior.

---

<sup>24</sup> BARZOTO, Luiz. *Tratado de Direito Constitucional*, v. 1, coordenadores Ives Gandra da Silva, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Vlder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 627.

Na verdade, a separação e a independência dos poderes tem o condão de assegurar que um dos poderes exerça suas funções arbitrariamente, ou seja, determine todas e quaisquer condutas a serem seguidas pelo particulares. Ademais, tem o escopo de promover a segurança jurídica e permitir que sejam revistos entendimentos em dissonância da vontade popular.

Verifica-se, dessa maneira, que a edição de lei em contradição com a atual jurisprudência demonstra, ainda que indiretamente, a discordância dos titulares do poder com as mencionadas decisões. Assim é possível inferir que o povo brasileiro não concorda que o débito tributário possa ser objeto de parcelamento no transcurso da ação penal, mas apenas até o recebimento da inicial acusatória. Desse modo, torna-se possível a concretização da economia e eficiência processuais, bem como a promoção da isonomia, pois o contribuinte inadimplente não mais gozaria de tratamento benéfico em relação àquele que pagou tributo no prazo legalmente previsto.

## **REFERÊNCIAS**

BARZOTO, Luiz. *Tratado de Direito Constitucional*, v. 1, coordenadores Ives Gandra da Silva, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESTELLITA, Heloisa. *Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/03*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 11, n. 130, p.2-3, set. 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte Geral*, 4 ed. rev. ampli. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de acordo com a Lei n. 9.605/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.