



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.007 - SC (2011/0248554-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ALINE LAURA KOCIAN MAGALHÃES
ADVOGADO : ALINE LAURA KOCIAN MAGALHÃES
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : LUIS BATSCHAUER

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO DÉBITO. DELITO NÃO CONSUMADO. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, *"no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3. Apesar da jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal ter se pacificado no sentido de que não há justa causa para a instauração da ação penal para apurar o crime previsto no art. 168-A, § 1.º, do Código Penal, quando o suposto crédito previdenciário ainda pende de lançamento definitivo, no caso dos autos inexistente o alegado o constrangimento ilegal, tendo em vista que o processo administrativo, no qual se imputou a existência de débitos previdenciários, já havia chegado ao seu termo quando do recebimento da denúncia.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de junho de 2013 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.007 - SC (2011/0248554-6)

IMPETRANTE : ALINE LAURA KOCIAN MAGALHÃES
ADVOGADO : ALINE LAURA KOCIAN MAGALHÃES
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : LUIS BATSCHAUER

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIS BATSCHAUER, denunciado como incurso no art. 168-A, § 1.º, do Código Penal, em face de acórdão denegatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, assim ementado:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL.. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADAS.

1. O trancamento de ação penal através da via célere do habeas corpus consiste em medida excepcional, somente aceita pelos Tribunais pátrios quando demonstrada, de pronto, a ausência de justa causa hábil à persecutio criminis in judicio, manifesta atipicidade da conduta, evidente ausência de autoria ou extinção da punibilidade. 2. O delito previsto no artigo 168-A, do CP prescinde da constituição definitiva do crédito tributário para sua consumação. 3. A denúncia preenche os requisitos mínimos previstos pelo art. 41 do CPP, porquanto houve a exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, assim como se deu a devida qualificação do acusado, a classificação do crime, e rol de testemunhas, razão pela qual descabe tê-la por inepta." (fl. 102)

Em extensa inicial, alega o Impetrante, em síntese, a inépcia da denúncia e a inexistência de justa causa para ensejar o início de ação penal, por ausência de prova material da autoria, uma vez que o Paciente não fazia parte da empresa sonegadora no momento do recolhimento. Busca, assim, em liminar, sobrestar o andamento do processo. No mérito, pugna pelo trancamento da ação penal.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 114/115 e o pleito de reconsideração dessa decisão à fl. 136.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 140/153, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 158/162, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

O Impetrante ajuizou petição, aduzindo que o parecer é equivocado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.007 - SC (2011/0248554-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO DÉBITO. DELITO NÃO CONSUMADO. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, *"no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3. Apesar da jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal ter se pacificado no sentido de que não há justa causa para a instauração da ação penal para apurar o crime previsto no art. 168-A, § 1.º, do Código Penal, quando o suposto crédito previdenciário ainda pende de lançamento definitivo, no caso dos autos inexistente o alegado constrangimento ilegal, tendo em vista que o processo administrativo, no qual se imputou a existência de débitos previdenciários, já havia chegado ao seu termo quando do recebimento da denúncia.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Inicialmente, conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do *writ* tem abarrotado os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tribunais pátrios, em especial os superiores.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Nesse sentido, a propósito, os seguintes precedentes: STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012; STF, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; STF HC 114.452-AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/10/2012, publicado no DJe de 08/11/2012.

Esse entendimento tem sido reiterado em decisões monocráticas, as quais, considerando a inadequação do *writ*, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações, v.g.: HC 114.550/AC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 27/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/08/2012; HC 116.385/PR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 01/03/2013; HC 116.379/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26/02/2013.

Nesse cenário, reformulou-se a admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e da razoável duração do processo, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

No caso dos autos, o Paciente, representante legal da empresa Química Catarinense Ltda., foi denunciado como incurso no art. 168-A, § 1.º, do Código Penal, porque teria deixado de recolher contribuição previdenciária no período de junho de 2002 a novembro de 2004.

Irresignada, sua defesa impetrou *habeas corpus* na origem sustentando, em síntese, a inexistência de justa causa para ensejar o início de ação penal, por inépcia da denúncia, a qual foi oferecida antes do término do encerramento do procedimento fiscal, ocasião em que a contribuição previdenciária não era, ainda, exigível.

A Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, na sessão de julgamento de 07 de junho de 2011, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos seguintes termos, *in verbis*:

"In casu, não há falar em ausência de justa causa para ensejar o início de ação penal, por inépcia da denúncia, ao argumento de que a inicial foi oferecida antes do término do encerramento do procedimento fiscal."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, o entendimento sedimentado neste Regional é pela inaplicabilidade ao crime de apropriação indébita previdenciária da necessidade de esgotamento do procedimento administrativo como condição de procedibilidade para a persecução criminal. Isso porque se trata, na hipótese, de crime omissivo próprio, formal, que prescinde de resultado, pois se consuma com a mera constatação de que o responsável tributário deixou de recolher aos cofres do INSS as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados.

Ademais, o entendimento segundo o qual o lançamento definitivo do crédito tributário constitui condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo aplica-se somente aos delitos materiais contra a ordem tributária, tipificados no artigo 1º da Lei 8.137/90 e artigo 337-A do Código Penal. [...]

Diante deste contexto, tem-se que tal fato não macula a ação penal, pois o delito em tela trata de crime formal, sendo a representação fiscal mero procedimento administrativo.

Assim, não vejo qualquer constrangimento ilegal a que esteja sendo submetido o paciente, que possa ser sanado por esta via.

Da mesma forma, não merece prosperar a alegação de "inépcia por nulidade da Representação Fiscal para Fins Penais que embasou a ação penal, porquanto se trata de responsabilização penal objetiva", ao argumento de que "é caso de inadimplência idônea, porquanto o delito do art. 168-A do CP é norma penal em branco, exigindo o exame da questão tributária que a complementa, principalmente sob o aspecto material, o qual determina a exigibilidade do crédito tributário".

Com efeito, deve-se destacar que a conduta incriminada no art. 168-A do Código Penal consiste no desconto de contribuição previdenciária e na posterior omissão do repasse à Previdência Social. Isto não representa a criminalização por inadimplência de dívida de natureza civil. A prisão não decorre da dívida tributária, da lesão patrimonial ao Erário, mas do inadimplemento da obrigação legal de recolher as contribuições arrecadadas dos empregados no prazo devido.

Portanto, o que se criminaliza não é a omissão no pagamento da contribuição do empregador, mas, sim, a conduta de deixar de recolher a contribuição previamente descontada do funcionário." (fl. 102/108)

Quando da conclusão do presente writ substitutivo, a ação penal estava na fase de alegações finais. Entretanto, consoante informações obtidas no endereço eletrônico a Corte Federal *a quo* - juntadas aos autos -, o Paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 168-A, § 1º, inciso I, c.c o art. 71, *caput*, do Código Penal, à pena de 05 anos e 03 meses de reclusão, em regime semiaberto, sendo-lhe assegurado o recurso em liberdade.

Presentemente, o autos estão no Tribunal Regional Federal da 4.^a Região para julgamento de recurso de apelação interposto pela Defesa.

Pois bem.

Não obstante este Superior Tribunal de Justiça tenha firmado entendimento no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de que somente nos crimes contra a ordem tributária, por serem delitos materiais, exige-se o exaurimento da via administrativa para a caracterização do delito, a concepção foi reformulada pelo Supremo Tribunal Federal que, por decisão plenária, assentou que os crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária também são crimes materiais, exigindo para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a Previdência Social.

Desse modo, a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal se pacificou no sentido de que não há justa causa para a instauração da ação penal para apurar o crime previsto no art. 168-A, § 1.º, do Código Penal, quando o suposto crédito previdenciário ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que a inexistência deste impede comprovar a materialidade da crime.

Entretanto, a denúncia ora atacada expressamente ressaltou:

"5. Os documento juntados juntados dão conta de que o débito em questão econtra-se definitivamente constituído."

Por sua vez, superveniente a sentença condenatória, juntada aos autos, afirma que *"a materialidade está demonstrada pelo **lançamento definitivo** do crédito tributário, representado pela NFLD nº 35.635.456-3, que inclusive se encontra em fase de execução fiscal"* (grifei).

Ora, da leitura dos autos se vê que inexiste o alegado o constrangimento ilegal, tendo em vista que o processo administrativo, no qual se imputou a existência de débitos previdenciários, já havia chegado ao seu termo quando do recebimento da denúncia.

Assim, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0248554-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 222.007 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200672050043143 49086820114040000

EM MESA

JULGADO: 25/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ALINE LAURA KOCIAN MAGALHÃES
ADVOGADO	: ALINE LAURA KOCIAN MAGALHÃES
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	: LUIS BATSCHAUER
CORRÉU	: ADLISTON LUIS CHRAMM
CORRÉU	: ELISTETH HANSEN

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita Previdenciária

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.