



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.084 - DF (2013/0117967-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **LUCAS DE ANDRADE LIMA CAVALCANTE**
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO**
PACIENTE : **JOSE AUGUSTO DE MENEZES**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. NÃO COMPROVAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO POSTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. OFENSA AO CONTRADITÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. EXCLUSÃO DO AUMENTO DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP; Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do **habeas corpus** é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver **inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito**.

IV - No caso, o impetrante não logrou demonstrar nos autos que não houve o lançamento definitivo do tributo exigido, não constando termo de parcelamento ou de quitação do débito previdenciário, tampouco de interposição de recurso administrativo no processo que tramita ou tramitou junto ao INSS ou de ajuizamento de ações judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com vistas ao questionamento do procedimento administrativo, razão pela qual se revela inviável a aplicação, **in casu**, da **Súmula Vinculante n. 24, do Supremo Tribunal Federal**.

V - Resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia, se a **quaestio** não foi suscitada antes da prolação da sentença. (**Precedentes**).

VI - O órgão julgador profere suas decisões com base no **princípio do livre convencimento motivado**, vale dizer, deve ser assegurada a sua convicção por meio da livre apreciação das provas constantes dos autos, não havendo que se falar, no caso, em ofensa ao contraditório.

VII - É lícito às instâncias ordinárias aplicar, quando presentes os requisitos, a continuidade delitiva, prevista no art. 71, do Código Penal, em detrimento do concurso material, que tomaria a pena do paciente muito maior do que a imposta, levando-se em conta o longo período em que as apropriações indébitas previdenciárias ocorreram.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.084 - DF (2013/0117967-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ AUGUSTO DE MENEZES, em face de v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática de apropriação indébita previdenciária, prevista no art. 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, sendo que as penas foram substituídas por duas restritivas de direito.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, a qual restou denegada em acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

1. O delito previsto no art. 168-A, §1º, I, do Código Penal configura-se apenas com o não recolhimento das contribuições previdenciárias, no prazo e forma legais, não sendo necessária a presença do elemento volitivo "apropriar-se do montante não recolhido".

2. As condutas descritas art. 168-A, §1º, I, do Código Penal são materiais ou de resultados, vale dizer, exigem para a configuração do tipo penal que haja, em razão de omissão, falsidade, fraude, entre outros, a efetiva supressão ou redução do tributo, por parte do agente. Ou seja, se o agente praticou a conduta e não repassou os valores aos cofres públicos, presentes o elemento objetivo e subjetivo. Assim, não se exige a intenção de fraudar, mas, consoante já consagrado na jurisprudência pátria, basta a "intenção de descumprir sua obrigação tributária - de pagar".

3. Materialidade e autoria comprovadas pelos documentos e prova testemunhal produzidos".

Daí o presente **writ**, em que sustenta o impetrante incidir no caso a Súmula Vinculante n. 24, do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o tributo não teria sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitivamente lançado, o que macularia a ação penal pela ausência de justa causa. Aduz que a denúncia é inepta, bem como que o acórdão não apreciou os argumentos e provas trazidos pela defesa. Requer, ao final, o trancamento da ação penal, a anulação do processo desde o oferecimento da denúncia, a anulação do acórdão impugnado ou, alternativamente, a exclusão da majoração proveniente do art. 71, do Código Penal.

A liminar foi indeferida às fls. 361-362.

O pedido de reconsideração foi indeferido às fls. 420-422.

As informações foram prestadas às fls. 373-385 e 387-400.

O Ministério Público Federal, às fls. 411-418, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.084 - DF (2013/0117967-0)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.
NÃO-CABIMENTO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA
PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO
PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA
AÇÃO PENAL. NÃO COMPROVAÇÃO.
INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO
POSTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA.
OFENSA AO CONTRADITÓRIO. LIVRE
CONVENCIMENTO MOTIVADO. EXCLUSÃO
DO AUMENTO DECORRENTE DA
CONTINUIDADE DELITIVA.
IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP; Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perflilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A jurisprudência do excelso Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do **habeas corpus** é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver **inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.**

IV - No caso, o impetrante não logrou demonstrar nos autos que não houve o lançamento definitivo do tributo exigido, não constando termo de parcelamento ou de quitação do débito previdenciário, tampouco de interposição de recurso administrativo no processo que tramita ou tramitou junto ao INSS ou de ajuizamento de ações judiciais com vistas ao questionamento do procedimento administrativo, razão pela qual se revela inviável a aplicação, **in casu**, da **Súmula Vinculante n. 24, do Supremo Tribunal Federal.**

V - Resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia, se a **quaestio** não foi suscitada antes da prolação da sentença. (**Precedentes**).

VI - O órgão julgador profere suas decisões com base no **princípio do livre convencimento motivado**, vale dizer, deve ser assegurada a sua convicção por meio da livre apreciação das provas constantes dos autos, não havendo que se falar, no caso, em ofensa ao contraditório.

VII - É lícito às instâncias ordinárias aplicar, quando presentes os requisitos, a continuidade delitiva, prevista no art. 71, do Código Penal, em detrimento do concurso material, que tornaria a pena do paciente muito maior do que a imposta, levando-se em conta o longo período em que as apropriações indébitas previdenciárias ocorreram.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Passo a analisar essa possibilidade.

E ao fazê-lo, verifico que pretende o impetrante o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa; a anulação do processo desde o oferecimento da denúncia, pela sua inépcia; a anulação do acórdão impugnado, por ofensa ao contraditório; ou, alternativamente, a exclusão da majoração proveniente do art. 71, do Código Penal.

Aprecio inicialmente a alegação de ausência de justa causa para a ação penal.

Sustenta o impetrante que incide , **in casu**, a Súmula Vinculante n. 24, do Supremo Tribunal Federal, que afirma que *"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"*.

De fato, a jurisprudência mais recente do Pretório Excelso estendeu essa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretação ao crime de apropriação indébita previdenciária, consoante se verifica no precedente abaixo colacionados:

"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" (Inq n. 2537 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 13/6/2008).

Esta Corte Superior de Justiça passou a adotar a posição que prevalece no Supremo Tribunal Federal, a saber:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ARTIGOS 168-A E 337-A DO CÓDIGO PENAL). CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. POSTERIOR ANULAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO APENAS QUANTO AO RECORRENTE POR IRREGULARIDADE FORMAL. CRÉDITO QUE PERMANECE DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO QUANTO À PESSOA JURÍDICA QUE É A DEVEDORA PRINCIPAL.

DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA QUANTO A CADA UM DOS ACUSADOS NO PROCESSO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Segundo entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, os crimes de sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, por se tratarem de delitos de caráter material, somente se configuram após a constituição definitiva, no âmbito administrativo, das exações que são objeto das condutas (Precedentes).

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. Recurso improvido" (RHC n. 40.411/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 30/9/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. (1) REMÉDIO HEROICO EMPREGADO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE. (2) ART. 168-A DO CP. CRIME MATERIAL. TIPICIDADE. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE. APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 24. (3) MANDAMUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como sucedâneo de recurso ordinário.*

2. *É pacífico na jurisprudência desta Corte, a partir do quanto assentado pelo Plenário do STF, (Inq 2537 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-01 PP-00113 RET v. 11, n. 64, 2008, p. 113-122 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 430-441), que o crime do artigo 168-A do Código Penal é material, e, por força do princípio da isonomia, sujeita-se ao enunciado 24 da Súmula Vinculante do Pretório Excelso (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).*

3. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar o trancamento da ação penal (com voto vencido)" (HC n. 270.027/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 28/8/2014).*

Contudo, o impetrante não logrou demonstrar nos autos que não houve o lançamento definitivo do tributo exigido, não constando termo de parcelamento ou de quitação do débito previdenciário, tampouco de interposição de recurso administrativo no processo que tramita ou tramitou junto ao INSS ou de ajuizamento de ações judiciais com vistas ao questionamento do procedimento administrativo. Nesse sentido, não há como se apreciar, no presente **mandamus**, a ausência de justa causa, de modo que incabível o pedido de trancamento da ação penal.

Analiso agora o argumento relativo à inépcia da denúncia.

Alega o impetrante que a denúncia é genérica, não descrevendo a conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa imputada ao paciente, pois não especifica valores devidos, nem afirma a quais funcionários esses valores seriam relativos.

O argumento não pode ser apreciado nessa seara, uma vez que alegado, pela vez primeira, após a prolação da sentença, o que inviabiliza a análise, nos termos da pacífica jurisprudência dessa Corte:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. [...]

2. [...]

CORRUPÇÃO PASSIVA E CRIME DE LEI DE LICITAÇÕES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MANDAMUS ORIGINÁRIO JULGADO PREJUDICADO EM DECORRÊNCIA DA SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MÁCULA SUSCITADA EM RESPOSTA ACUSAÇÃO E EM WRIT IMPETRADO NA ORIGEM. POSSIBILIDADE DE EXAME DA MATÉRIA PELA AUTORIDADE COATORA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 569 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Consoante o disposto no artigo 569 do Código de Processo Penal, "as omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo tempo, antes da sentença final".

2. [...]

PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA RESPONDER AO PROCESSO EM LIBERDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM NA DECISÃO COMBATIDA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. [...]

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para cassar a decisão objurgada, determinando-se que o Tribunal de origem aprecie o mérito do writ ali impetrado como entender de direito" (HC n. 303.843/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 12/11/2014).

"RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA COM A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSIDERAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. RECRUTAMENTO DE JOVENS ESPORTISTAS. OPERAÇÃO PLAYBOY. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO. INCABIMENTO.

1. *Com a superveniência da sentença penal condenatória resta superada a alegação de inépcia da denúncia, não havendo sentido em analisar a higidez formal da persecutio se já há, em realidade, acolhimento formal e material da acusação, tanto que motivou o édito de condenação.*

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. [...]

6. *Recurso da defesa improvido e recurso do Ministério Público provido" (REsp n. 1367765/SC, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 3/11/2014).*

Passo à apreciação da alegação de nulidade do acórdão reprochado.

Sustenta o impetrante que o Tribunal **a quo**, ao julgar o recurso de apelação, não observou o princípio do contraditório, haja vista que "*não leram as provas produzidas pela defesa*" (fl. 5).

Não prospera, de igual forma, a afirmação do impetrante, haja vista que o juiz ou Tribunal profere suas decisões com base no **princípio do livre convencimento motivado**, vale dizer, deve ser assegurado a convicção do órgão julgador por meio da livre apreciação das provas constantes dos autos. Nesse sentido, precedentes:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. OFENSA AO ART. 386, V E VII, AMBOS DO CPP. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 2. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DESTAS MATÉRIAS. SÚMULAS 282/STF, 356/STF E 211/STJ. 3. DIVERGÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *A valoração fática e probatória tem, na maioria das vezes, cunho subjetivo, impregnado pelo livre convencimento motivado das instâncias ordinárias, mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário. Portanto, alterar o entendimento apresentado, que concluiu pela condenação do agravante, esbarraria no óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.*

2. *Para que se atenda ao requisito do prequestionamento é necessária a efetiva discussão do tema pelo Tribunal de origem, ainda que em embargos de declaração, o que, na espécie, não ocorreu. Incidem, portanto, os enunciados n. 282, n. 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.*

3. *Embora o apelo especial tenha sido interposto também com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, não cuidou o agravante de proceder ao devido cotejo analítico, não tendo demonstrado as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, o que inviabiliza o exame do apontado dissídio.*

4. *Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 529.434/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme - Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe de 5/11/2014).*

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA (ARTIGO 339 DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO. ERRO DE TIPO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA SENTENÇA E DOS ACÓRDÃOS QUE A CONFIRMARAM. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. [...]

2. *No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do habeas corpus o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.*

3. *Habeas corpus não conhecido" (HC n. 299.918/RS,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 10/10/2014).

Por fim, **analiso o pedido de exclusão do aumento imposto pelo reconhecimento da ocorrência de crime continuado.**

A sentença condenatória lastreou seu posicionamento da seguinte forma (fls. 278-279):

"Considerando que o réu é primário, não possui maus antecedentes, de conduta social e personalidade dentro dos padrões socialmente aceitos, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão. Aumento-a em 1/6 (um sexto) tendo em vista do crime continuado (art. 71 do CP), que tomo definitiva, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, ante a ausência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou de causas especiais de aumento ou diminuição de pena, que deverá iniciar-se em regime aberto".

O acórdão reprochado posicionou-se assim (fl. 380):

"A alegação de que a sentença é extra petita, não procede, eis que, como afirmado na sentença, mesmo que o Ministério Público Federal não tenha capitulado na denúncia a existência da continuidade delitiva, o magistrado pode, na forma do art. 385 do CPP, reconhecê-la de ofício.

Diante disso, em razão de os crimes do art. 168-A do Código Penal terem sido praticados por vários anos - 06/2001 a 09/2006, serem da mesma espécie, terem sido cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, deve o subsequente ser havido como continuação do primeiro, aplicando-se a causa geral de aumento de pena descrita no art. 71 do Código Penal.

Portanto, não merece reparo a incidência da continuidade delitiva".

Não há reparos a serem feitos aos pronunciamentos das instâncias ordinárias. A denúncia, embora não impute ao paciente a prática dos delitos em continuidade delitiva, descreve, de modo claro, que os crimes ocorreram entre junho de 2001 e setembro de 2006, dando a entender que a conduta não se deu de forma isolada.

É lícito ao juiz, até mesmo em benefício do acusado, aplicar, quando presentes os requisitos, a ficção jurídica da continuidade delitiva, prevista no art. 71, do Código Penal, em detrimento do concurso material, que tornaria a pena do paciente muito maior do que a aplicada, levando-se em conta o longo período em que as apropriações indébitas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previdenciárias ocorreram.

No caso, os crimes são da mesma espécie, foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução e as condutas posteriores podem ser havidas como continuidade da primeira, razão pela qual adequada a aplicação do que disposto no art. 71, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0117967-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.084 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00105869020084013803 105869020084013803 12200300035200781 1462011
200838030107328

EM MESA

JULGADO: 16/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUCAS DE ANDRADE LIMA CAVALCANTE

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

PACIENTE : JOSE AUGUSTO DE MENEZES

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, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.