



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 42.824 - SC (2013/0387304-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : ROMY GUEMBAROVSKI
ADVOGADO : ANA CATARINA FURTADO KÖHLER
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AÇÃO PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DAS EXAÇÕES NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. 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. Conquanto tenha sido juntada aos autos cópia do andamento do Processo Administrativo n. 13976.000621/2007-92, no qual consta que o feito continua em tramitação, constata-se que tal documento não é suficiente para atestar que o débito previdenciário não teria sido definitivamente constituído, uma vez que, consoante já esclarecido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, tal informação significa apenas que o débito não foi integralmente quitado.

3. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

4. Recurso improvido.

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 42.824 - SC (2013/0387304-6)

RECORRENTE : ROMY GUEMBAROVSKI
ADVOGADO : ANA CATARINA FURTADO KÖHLER
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por ROMY GUEMBAROVSKI contra acórdão proferido pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que concedeu parcialmente a ordem no HC n. 5011764-89.2013.404.0000/SC.

Noticiam os autos que a recorrente foi denunciada pela suposta prática do delito previsto no artigo 168-A do Código Penal, pois teria sido responsável pelo não recolhimento das contribuições descontadas dos segurados empregados pela empresa HARMONY MÓVEIS LTDA. no período de junho a novembro de 2003.

A inicial foi recebida e, após a resposta à acusação, a magistrada singular afastou a alegação de que teria havido o pagamento integral do débito previdenciário, bem como que deveria incidir à espécie o princípio da insignificância, considerando apta a inicial ofertada pelo órgão ministerial, motivo pelo qual determinou o prosseguimento do feito.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, tendo a ordem sido parcialmente concedida apenas para determinar que a togada singular oficiasse à Receita Federal a fim de confirmar ou não o pagamento das contribuições cuja falta de recolhimento foi imputada à recorrente.

Sustenta a patrona da recorrente que esta seria alvo de constrangimento ilegal, pois a partir do julgamento do Agravo Regimental no Inq 2.537/GO, o Supremo Tribunal Federal teria firmado o entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária seria omissivo material, exigindo o prévio esgotamento da via administrativa para sua configuração.

Afirma na hipótese dos autos não haveria provas de que o débito previdenciário teria sido inscrito na dívida ativa, sendo que o Processo Administrativo n. 13976.000621/2007-92 continuaria em tramitação.

Requer o provimento do reclamo para que seja trancada a ação penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instaurada contra a recorrente.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 898/900, manifestou-se pelo desprovemento do inconformismo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 42.824 - SC (2013/0387304-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal instaurada contra a recorrente, sob o argumento de que o delito de apropriação indébita previdenciária seria de natureza material, razão pela qual não haveria justa causa enquanto não esgotados os recursos administrativos cabíveis para a constituição definitiva da exação.

Como se sabe, a definição da natureza jurídica do crime de apropriação indébita previdenciária ainda é alvo de discussões pelos operadores do direito, a qual divide opiniões entre os que se posicionam pelo seu caráter material, assim como os crimes de sonegação fiscal e de contribuição previdenciária, e aqueles que entendem se tratar de crime formal, cuja consumação independe da verificação do resultado lesivo ao bem jurídico tutelado.

Imperioso ressaltar que esta Corte posicionou-se, inicialmente, no sentido de que o ilícito em questão estaria consumado com a simples omissão do agente que, na qualidade de responsável pela arrecadação de contribuição previdenciária, deixa de recolhê-la aos cofres da autarquia previdenciária, entendendo, portanto, tratar-se de crime formal.

Apenas a título de ilustração, confira-se:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME FORMAL. ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO FISCAL PARA O INÍCIO DA AÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE.

Na linha de precedentes desta Corte, nos crimes de apropriação indébita previdenciária, o procedimento administrativo de apuração de débitos não se constitui em condição de procedibilidade para a instauração da ação penal, tendo em vista a natureza formal do delito (Precedentes). A simples omissão no recolhimento das contribuições descontadas dos empregados consome o delito previsto no art. 168-A do CP.

Recurso desprovido. (RHC 23152/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 02/06/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, em sessão de julgamento realizada aos 10.3.2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo Regimental no Inq n. 2.537/GO, entendeu que o ilícito em questão é omissivo material, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

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 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)

Com base no aludido precedente, esta Corte Superior de Justiça passou a perfilar o mesmo entendimento do Pretório Excelso, considerando o crime de apropriação indébita previdenciária como delito omissivo material, cuja comprovação do resultado lesivo - necessário para a configuração do ilícito - só ocorre com a constituição definitiva, na instância administrativa, das contribuições previdenciárias supostamente apropriadas de forma indevida pelo agente responsável pelo seu recolhimento.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. CONSUMAÇÃO DO CRIME NA DATA DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Pacientes condenados, cada um, às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incurso no art. 168-A, caput, c.c. art. 71 do Código Penal.

2. Esta Corte Superior, alinhada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem, em reiteradas decisões, sustentado que o crime de apropriação indébita previdenciária, por ser delito material, pressupõe para sua consumação a realização do lançamento tributário definitivo, momento a partir do qual começa a contagem do prazo prescricional.

3. "Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação" (Súmula n.º 497/STF).

4. *O intervalo entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, descontada a suspensão da pretensão punitiva em razão do parcelamento do débito fiscal, não ultrapassa os 04 (quatro) anos, razão pela qual não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva.*

5. *Ordem de habeas corpus denegada.*

(HC 209.712/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (168-A DO CÓDIGO PENAL). INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DOS CRÉDITOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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, reconhecendo a regularidade do respectivo crédito (Precedentes).*

2. *No presente caso, conforme ressaltado pelo próprio Tribunal a quo, verifica-se que as impugnações aos Autos de Infração encontram-se em trânsito no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, configurando, assim, constrangimento ilegal, em virtude da falta de decisão administrativa definitiva em que se discute a exigibilidade do crédito.*

3. *Recurso provido, para trancar o inquérito policial instaurado contra o recorrente.*

(RHC 28.798/PR, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 26/10/2012)

Sobre o assunto, confira-se a lição de José Paulo Baltazar Junior:

"Na verdade, porém, sempre que omitido o recolhimento no prazo da lei haverá um dano efetivo à seguridade social pela falta do ingresso daqueles valores. Quer dizer, há um resultado naturalístico, embora não seja este exigido para a configuração do tipo. Além disso, se um dos dirigentes da empresa se omite em efetuar o recolhimento, mas outro o faz com recursos próprios, não haverá crime. Daí a existência de corrente doutrinária que entende ser de resultado o delito." (Crimes federais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, conquanto tenha sido juntada aos autos cópia do andamento do Processo Administrativo n. 13976.000621/2007-92, no qual consta que o feito continua em tramitação, constata-se que tal documento não é suficiente para atestar que o débito previdenciário ainda não foi incluído na dívida ativa, ou que estejam pendentes de julgamento eventuais recursos interpostos para impugnar a exação, uma vez que tal informação significa apenas que o débito não foi integralmente quitado.

Cumpre trazer à colação, por oportuno, os seguintes esclarecimentos prestados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos autos do HC n. 181.304/SC, de minha Relatoria:

Importante esclarecer, ainda, que o fato de constar nos sistemas do Ministério da Fazenda que o processo administrativo está 'em andamento' não significa que há discussão administrativa. No caso do processo administrativo nº (...), a discussão administrativa foi encerrada com a adesão da (...) ao REFIS, conforme mencionado anteriormente.

De fato, o processo administrativo nº (...) continuará a constar na situação 'em andamento' até que ocorra a extinção integral dos créditos tributários. Somente com a extinção dos créditos tributários haverá o encaminhamento do processo administrativo para o arquivo com a consequente alteração da situação do processo administrativo para 'ARQUIVO GRA'.

Dessa forma, até o encerramento da execução fiscal ajuizada para a cobrança dos créditos tributários constituídos através do autos de infração que deram origem ao processo administrativo nº (...), este permanecerá na situação 'em andamento' nos sistemas do Ministério da Fazenda. (fls. 435/436 dos autos do HC n. 181.304/SC.)

Assim, não havendo prova no sentido de que a via administrativa ainda não se esgotou, conforme alegado na insurgência, inviável o trancamento da ação penal.

Com efeito, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a patrona da recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa esteira:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTS. 288 E 332, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 92, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 8.666/93. TESE DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. ACERTO DA DECISÃO.

1. O rito da ação constitucional do habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração instruída deficitariamente, em que não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, de modo a inviabilizar a adequada análise do pedido. Precedentes.

2. Na hipótese, embora tenha o Impetrante arguido a inépcia da inicial, não fez prova do alegado, pois não colacionou aos autos sequer a cópia da inicial acusatória. Ademais, as cópias juntadas aos autos não faziam qualquer referência à ação penal em comento ou mesmo à Paciente. Ressalte-se que a Paciente está assistida por advogado constituído, o qual deveria ter providenciado a instrução adequada do writ.

3. Recurso desprovido.

(RHC 26.541/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. (...)

I - O habeas corpus, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas já que o seu procedimento não admite dilação probatória (Precedentes). In casu, não há qualquer documento que comprove que os maus antecedentes levados em consideração pelo órgão julgador para fixar a pena-base acima do mínimo legal seriam de fato inquiridos ou processos em andamento, razão pela qual deve ser preservada, neste ponto, a r. sentença condenatória.

(...)

Ordem denegada.

(HC 160.286/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 09/08/2010)

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao reclamo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0387304-6

RHC 42.824 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50117648920134040000 SC-200872140001080 SC-50026548920124047214
SC-50049517420134047201 TRF4-00373303320104040000

EM MESA

JULGADO: 10/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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

RECORRENTE	: ROMY GUEMBAROVSKI
ADVOGADO	: ANA CATARINA FURTADO KÖHLER
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU	: LEONIDES NEPPEL
CORRÉU	: VIVIANE CRISTINA NEPPEL
CORRÉU	: ILÁRIO NEPPEL
CORRÉU	: UBERTO PEDRO SCHOEFFEL
CORRÉU	: RICARDO LUÍS SILVA

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, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.