



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.839 - SE (2012/0093784-3)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : **MADSON LIMA DE SANTANA E OUTROS**
ADVOGADO : **MADSON LIMA DE SANTANA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**
PACIENTE : **JOSÉ CARLOS DA ROCHA FILHO**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90). SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DEFENSIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA DEFESA, NÃO ADMITIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO, POR INTEMPESTIVO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS**, PARA RECONHECER NULIDADES E VÍCIOS NA SENTENÇA, CONFIRMADA PELO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU. NÃO CABIMENTO. EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Hipótese em que, proferida sentença condenatória e interposta Apelação, pela defesa, foi o recurso improvido. Interposto Recurso Especial, pela defesa, foi ele inadmitido, ensejando a interposição de Agravo, não conhecido, pelo STJ, em face de sua intempestividade, transitando a decisão em julgado.

II. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça exauriu a sua jurisdição e a sua competência, naquilo que lhe cabia julgar. No caso de subsistir eventual constrangimento ilegal, decorrente do julgamento do Agravo em Recurso Especial, pelo STJ, com preclusão da matéria, não lhe caberá repará-lo, passando a ser autoridade coatora, em eventual **habeas corpus**, de interesse da defesa, a ser impetrado perante o Supremo Tribunal Federal.

III. Não merece, pois, ser conhecido **habeas corpus** que, após a preclusão da matéria, no âmbito do STJ, em face do julgamento do Agravo em Recurso Especial, pretende reconhecer nulidades e vícios na sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal de 2º Grau.

IV. **Habeas corpus** não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do pedido de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães, que lavrará o acórdão, vencidos o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Votaram com a Sra. Ministra Assusete Magalhães a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Sustentou oralmente, o Dr. MADSON LIMA DE SANTANA, pela parte
PACIENTE: JOSÉ CARLOS DA ROCHA FILHO.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2012(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora p/ acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.839 - SE (2012/0093784-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de **José Carlos da Rocha Filho**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Narram os autos que o Juízo de Direito da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe condenou o paciente como incurso no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, c/c o art. 71 do Código Penal, às penas de 6 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 100 dias-multa (fls. 1.099/1.106) – Processo n. 2002.85.00.3141-1.

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que negou provimento ao recurso (fls. 1.142/1.152) – Apelação Criminal n. 2002.85.00.003141-1):

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DESCRIÇÃO FACTUAL QUE RELATA A EFETIVA SONEGAÇÃO DO TRIBUTO. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE AMPLAMENTE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. OBSERVÂNCIA CORRETA DE TODAS AS FASES E JUSTEZA NA APLICAÇÃO DOS PATAMARES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

- O réu não se defende da capitulação, mas dos fatos a si imputados. Partindo dessa premissa, tendo a peça acusatória descrito hipótese patente em que houve efetiva sonegação de tributo, não há qualquer óbice em o magistrado considerá-la no esteio da tipificação, alterando a capitulação do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, para o art. 1º, I, do mesmo diploma legal.

- Materialidade, autoria e culpabilidade do agente fartamente comprovadas nos autos, tanto em sede judicial, quanto administrativa, restando configurado o crime contra a ordem tributária.

- A dosimetria obedeceu a todas as fases e ponderações necessárias e exegíveis do magistrado, desmerecendo qualquer reparo.

- Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

- Apelo improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal consistente na manutenção da condenação imposta ao paciente. Sustenta o impetrante que:

a) o Juízo de primeiro grau alterou a tipificação da conduta imputada na denúncia (art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990) para o delito previsto no art. 1ª, I, da Lei n. 8.137/1990, modificando substancialmente os fatos imputados, de modo a causar grave prejuízo à ampla defesa do acusado, pois, em um primeiro momento, o acusado defendeu-se apenas da omissão da declaração ou da declaração falsa, e não da supressão ou redução do tributo, elementar não prevista na acusação ministerial; tal alteração influenciou, inclusive, na contagem do prazo prescricional, causando grave prejuízo ao paciente; foram opostos embargos de declaração com o fim de sanar omissão relativa à observância dos requisitos da *emendatio libelli*, mas rejeitaram-se os embargos, ofendendo o art. 619 do Código de Processo Penal;

b) a sentença não apreciou nenhuma prova produzida pela defesa, tendo o Juízo de primeiro grau, corroborado pelo Tribunal de origem, deixado de analisar as declarações das testemunhas e a própria prova pericial, limitando-se ao procedimento administrativo fiscal, configurando mais uma afronta à ampla defesa e ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Aduz que a defesa comprovou sua tese da ausência de fato gerador do tributo sonegado, uma vez que os valores depositados na conta do paciente tinham a finalidade de custear as despesas decorrentes das obras que ele administrava, mas as instâncias originárias ignoraram as provas produzidas judicialmente, ofendendo o art. 155 do Código de Processo Penal (livre convencimento motivado);

c) o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de comprovar a prática do delito pelo paciente, uma vez que não logrou demonstrar o dolo na conduta do agente, nem o acréscimo patrimonial decorrente da aferição da suposta renda por ele omitida, sendo o paciente condenado em razão de imputação objetiva, apenas pelo fato de os valores supostamente omitidos terem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passado por sua conta-corrente;

d) o Juízo de primeiro grau, corroborado pelo Tribunal de origem, considerou elemento inerente ao próprio tipo penal de sonegação fiscal mediante omissão ou fraude para aumentar a pena-base, ao considerar na exasperação que o delito ocorreu de forma "sub-receptícia" (fraudulenta, ardil);

e) o Juízo de primeiro grau, também corroborado pelo Tribunal de origem, aplicou a agravante decorrente de o crime ter causado grave dano à coletividade (art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990), mesmo já tendo considerado essa circunstância por ocasião da fixação da pena-base, configurando indevido "*bis in idem*";

f) não cabimento da continuidade delitiva entre condutas supostamente ocorridas em intervalo de tempo de quatro anos, devendo ser afastada a exasperação decorrente da ficção jurídica, ante a impossibilidade de se reconhecer o cúmulo material em insurgência exclusiva da defesa, por configurar "*reformatio in pejus*".

Postula, então, o deferimento de medida liminar para que seja suspensa a ação penal até o julgamento do mérito do presente *writ*. No mérito, requer o reconhecimento das nulidades apontadas, anulando-se, também, o ato coator proferido pelo Tribunal de origem, ou a redução da pena-base ao mínimo legal.

Em 15/5/2012, indeferi o pedido liminar (fls. 1.302/1.304).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 1.309/1.318):

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÕES DE FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. O RÉU SE DEFENDE DOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA E NÃO DA CAPITULAÇÃO DADA AOS FATOS CRIMINOSOS. HIPÓTESE EM QUE JÁ HOVE PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA E ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAÇÃO SEM QUE A DEFESA TENHA SE INSURGIDO, EM MOMENTO ADEQUADO, CONTRA A ALEGADA FALTA DE CORRELAÇÃO.

PARECER PELO INDEFERIMENTO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.839 - SE (2012/0093784-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Em consulta ao Sistema Justiça desta Corte, observei que contra o acórdão que negou provimento à apelação interposta pela defesa na Corte de origem apresentou-se recurso especial e, diante de sua inadmissibilidade, foi interposto agravo em recurso especial nesta Corte Superior de Justiça (AREsp n. 85.094/SE), do qual não conheci, ante a intempestividade. A decisão, proferida em 19/12/2011, transitou em julgado em 23/2/2012. A impetração data de 10/5/2012 (fl. 1).

Insurge-se o impetrante contra supostas nulidades decorrentes de: a) ausência de demonstração do dolo na conduta do agente; b) nova definição jurídica dos fatos dada pelo magistrado singular, não contida na denúncia, sem observância do contraditório e ampla defesa; c) ausência de fundamentação da convicção a respeito das provas constantes dos autos; e d) ilegalidades constantes da dosimetria da pena.

Cumpre salientar, de início, na esteira do que vem decidindo esta Corte Superior de Justiça, a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito, que não demandem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incursão no acervo probatório constante de ação penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. DENEGAÇÃO.

1. **É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.**

2. **Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.**

3. Hipótese em que não há ilegalidade manifesta. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi concretamente fundamentada, ressaltando a Corte estadual a existência de condenação anterior com trânsito em julgado, além daquela utilizada como reincidência, bem como as reais consequências do crime. E o aumento de 1/6 em decorrência da reincidência mostra-se razoável, não ferindo o princípio da proporcionalidade.

4. Ordem denegada.

(HC n. 155.924/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/8/2012 – grifo nosso)

E ainda: HC n. 190.067/MS, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1º/8/2012).

Assim, no tocante à alegação de que não se demonstrou o dolo do agente em cometer as condutas imputadas na denúncia, a ordem não merece concessão.

O acolhimento da insurgência demanda a análise profunda do contexto probatório da ação penal, providência inviável na via eleita do *habeas corpus*, carente de dilação probatória.

A propósito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO DEFINITIVAMENTE COM INCURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUESTÃO JÁ APRECIADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA.

[...]

4. Impossível na via do *habeas corpus*, sobretudo após o trânsito em julgado da condenação, reconhecer a falta de justa causa para a ação penal, por ausência de dolo específico de fraudar a Previdência Social, mormente se as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, afastaram o argumento da inexigibilidade de conduta diversa, em virtude das dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

(EDcl nos EDcl no HC n. 188.797/PR, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28/11/2011 – grifo nosso)

No tocante à alegação de ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença, ao argumento de que foi realizada *mutatio libelli* sem que se tenha oportunizado ao paciente o direito à ampla defesa, a ordem também não merece concessão.

O magistrado singular modificou a classificação dos fatos realizada na denúncia nos seguintes termos (fls. 1.101/1.102):

[...]

I - Da tipificação da conduta descrita na denúncia:

Sob a ótica deste juízo, os fatos narrados na denúncia se subsumem ao crime contra a ordem tributária, descrito no art. 1º, I, da Lei 8.137/90 e é por esse delito que o denunciado deve responder.

Com efeito, consta da denúncia que o acusado omitiu informações à Receita Federal quando não declarou dados necessários à apuração do imposto de renda pessoa física referentes aos anos-base de 1995 e 1999. Os depósitos bancários omitidos correspondem aos valores de R\$ 216.541,80 (duzentos e dezesseis mil, quinhentos e quarenta e um reais e oitenta e um centavos) e de R\$ 102.646,75 (cento e dois mil, seiscentos e quarenta e seis mil reais e setenta e cinco centavos), respectivamente.

Consta, igualmente, da peça inicial, que na declaração de imposto de renda de pessoa jurídica, o acusado omitiu valores depositados em conta-corrente bancária na ordem de R\$ 1.260.469,67 (um milhão, duzentos e sessenta mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e sessenta e sete centavos), no ano-base de 1998, assim como, o valor de R\$ \$ 1.453.672,17 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e três mil, seiscentos e setenta e dois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reais e dezessete centavos), no ano-base 1999.

Tais omissões se tornaram relevantes e decisivas para que o contribuinte (pessoa física e jurídica), ora acusado, não recolhesse o tributo devido nos anos de 1996 e 2000 (pessoa física) e 1999 e 2000 (pessoa jurídica).

Dessa forma, entendo que a conduta do acusado, consistente em não prestar as informações ao Fisco Federal, a quem tinha o dever jurídico de fornecê-las, tanto no que se refere aos dados dele (pessoa física), como da firma individual do qual era o único responsável e representante legal (pessoa jurídica) enquadra-se perfeitamente naquela descrita no art. 1º, I, da Lei n.º 8.137/90.

É sabido que a hipóteses de incidência do delito descrito no art. 1º, I, distingue-se daquela prevista no art. 2º, I, ambos da Lei 8.137/90, não apenas pela especialidade deste (art. 2º) em relação aquele (art. 1º), mas por exigir, o primeiro (art. 1º), a comprovação inequívoca da supressão ou redução do tributo, ao contrário do segundo (art. 2º).

E tal supressão, efetivamente, ocorreu. O crédito tributário em favor da União foi lançado, após a instauração de procedimento administrativo e está calculado em torno de R\$ 2.397.418,88 (dois milhões, trezentos e noventa e sete mil, quatrocentos e dezoito reais e oitenta e oito centavos), conforme fls. 43-54.

Os vultosos depósitos bancários efetuados em nome do acusado (pessoa física e jurídica), abstraindo a sua origem, que, em rigor, não altera a tipificação do crime em tela, deveriam ter sido efetivamente declarados na oportunidade determinada em lei, no caso, quando das declarações pessoa física dos anos de 1996 e 2000 e nas declarações pessoa jurídica nos anos de 1999 e 2000, sendo este um dever previsto em lei do contribuinte (acusado).

Assim não o fazendo, ou seja, simplesmente se omitindo, o acusado deve responder pelos seus atos, diante da previsão expressa a esse respeito no art. 1º, I da Lei 8.137/90.

[...]

Sobre o tema, o Tribunal de origem consignou (fls. 1.142/1.143):

[...]

Compulsando os autos, bem como as teses e antíteses neles dispostas, verifico a pertinência integral da sentença rechaçada que, após análise ponderada e pormenorizada ao derredor de todas as circunstâncias factuais e correlatas ao apelante, cuidou de cominar a penalidade justa, legal e merecida.

Nesse esteio, não procede a alegação preliminar da defesa no sentido de que não poderia o magistrado ter considerado tipificação diversa - art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90 - da esposada na denúncia - art. 2º, I, do mesmo diploma legal - e justifico.

É que, como bem se sabe, o réu defende-se dos fatos a si imputados e não da capitulação esposada.

Partindo dessa premissa, basta retornar à peça acusatória (fls. 02/12) para vislumbrar que a mesma é extremamente clara ao descrever a conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imputada ao apelante (crime contra a ordem tributária) relatando hipótese patente dentre as listadas pelo art. 1º da Lei nº 8.137/90, já que, do descrito e mesmo do apurado nos autos, certo que houve efetiva supressão do tributo em virtude das omissões precedidas nas informações prestadas à Receita Federal.

Ora, se o tributo chegou a ser efetivamente suprimido - como restou provado e mesmo relatado por ocasião da denúncia - não se trata de hipóteses prevista no art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90 e sim da prevista no art. 1º, I, da mesma lei.

[...]

Trata-se, em verdade, de clara ocorrência de *emendatio libelli*, perfeitamente delineada pelo magistrado, motivo pelo qual afasto a preliminar aduzida.

[...]

O art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990, imputado ao paciente na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, assim dispõe:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

[...]

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, tipo penal imputado ao paciente pelo magistrado singular, por ocasião da nova classificação jurídica dos fatos, tipifica a seguinte conduta:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

[...]

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Ambos os tipos penais em análise criminalizam as condutas de omitir informação ou fazer declaração falsa às autoridades fazendárias. O art. 2º, I, possui a finalidade especial de *eximir-se total ou parcialmente do pagamento do tributo*, enquanto o art. 1º, I, tem como consequência material a *supressão ou redução do tributo*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para fins de esclarecer doutrinariamente em que consistem as diferenças entre os tipos penais em análise, cabe menção à lição de Guilherme de Souza Nucci:

[...]

22. Diferença da figura prevista no art. 2º, inciso I, desta Lei: no caso do inciso I do art. 1º, a omissão de informação ou a prestação de declaração falsa ao fisco leva à efetiva supressão ou redução do tributo, constituindo, pois, crime material, logo, mais grave (a pena é de reclusão, de dois a cinco anos, e multa). [...] Na figura prevista no art. 2º, I, a declaração falsa ou omissão de dados relativos a rendas, bens ou fatos, tem a finalidade de não recolher, total ou parcialmente, o tributo. Cuida-se de crime formal, ou seja, inexistente resultado naturalístico. Descoberto o crime, antes de haver a supressão ou redução do tributo, aplica-se o disposto no art. 2º, I, da Lei 8.137/90. Porém, descoberto o delito após a supressão ou redução, é aplicável o art. 1º, I, da mesma Lei. Por isso, a infração do art. 2º, I, é de menor potencial ofensivo (pena de detenção, de seis meses a dois anos e multa), cabendo os benefícios da Lei 9.099/95, como por exemplo, a aplicação de transação.

[...]

(NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, revista, atualizada e ampliada. 5ª ed., São Paulo: RT, 2010, págs. 1.038/1.039 – grifo nosso)

Assim, a fim de verificar se o Juízo de primeiro grau procedeu à indevida *mutatio libelli*, basta analisar se o Ministério Público Federal descreveu o resultado naturalístico, decorrente da conduta de omitir declaração sobre a renda supostamente obtida pelo paciente, consistente na supressão ou redução do tributo.

Da detida análise da peça acusatória, observa-se que o *Parquet* Federal descreveu a conduta prevista na definição jurídica dada pelo magistrado singular, por ocasião da sentença, ao fazer a seguinte afirmação (fl. 58):

[...]

O fato de haver o lançamento de ofício *a posteriori*, consubstanciados pelos autos de infração lavrados em 08/11/2001, não elide a materialização dos delitos perpetrados, pois, no momento em que aquele foi efetuado pelas autoridades administrativas, este - o delito - já estava consumado, pois os tributos deveriam de ter sido pagos em 1996, 1999 e em 2000, já que concernem a omissões de declarações de renda ocorridas em 1995, 1998 e 1999.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao afirmar que os tributos referentes à omissão das declarações que deveriam ter sido realizadas nos anos de 1995, 1998 e 1999 não foram pagos, tendo sido lançados, de ofício, apenas em razão de autos de infração lavrados em 2001, o Ministério Público, na verdade, descreveu a conduta de suprimir tributo mediante a conduta de omitir informação às autoridades fazendárias, não configurando, assim, *mutatio libelli*, mas típico caso de *emendatio libelli*, pois não foram reconhecidos ou imputados fatos novos ao paciente.

No tocante à alegação de nulidade da sentença em razão da ausência de motivação, decorrente do fato de o magistrado singular não ter fundamentado seu livre convencimento a respeito das provas constantes dos autos, tenho que a ordem merece concessão.

Conforme se observa da sentença condenatória, que se encontra dividida em capítulos, o magistrado singular reservou o capítulo "4" para o mérito. Neste item, verifica-se que, em três pequenos parágrafos, fez-se afirmação a respeito da convicção a respeito da condenação do paciente (fl. 1.104):

[...]

Do conjunto probatório existente nos autos pode-se extrair que estão comprovadas a materialidade do crime e a sua autoria.

A materialidade delitiva encontra-se manifesta, ante a extensa prova documental aderida aos autos, corroborada por excelente trabalho de autoria realizado pelos auditores discais da Receita Federal, cujos autos de infração e correspondentes demonstrativos de apuração encontram-se encartados às fls 14-473 dos autos.

É preciso assinalar, ainda, que se trata de hipótese de crime continuado. Com efeito, o Código Penal brasileiro adotou a teoria da ficção (critério puramente objetivo), pelo qual, o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (art. 71 do CP).

No caso, há uma evidente continuidade delitiva, uma vez que existente o elo objetivo entre as ações. Afasta-se, assim, a tese de mera reiteração delitiva, porque os atos entre si guardam dependência. As circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução são semelhantes, pelo que se depreende uma ligação entre as várias condutas.

No que diz respeito à autoria, tal restou mais do que evidenciado, conforme se mencionou acima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

No processo penal está em jogo a liberdade do cidadão. Assim, não cabe, por ocasião de se proferir uma condenação, que, como se sabe, gera efeitos estigmatizantes ao indivíduo, a simples menção à existência de "conjunto probatório" apto a comprovar "a materialidade do crime e a sua autoria", nem menção à comprovação da materialidade pela "extensa prova documental aderida aos autos". Tais afirmações são consideradas genéricas e, portanto, desprovidas de idoneidade apta a justificar uma condenação em um Estado Democrático de Direito.

No sistema da livre convicção, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, o magistrado tem a possibilidade de apreciar livremente a prova, devendo, no entanto, fundamentar concretamente sua convicção. Trata-se, como cediço, do princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, previsto no art. 155 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes lecionam que:

[...]

A necessidade de motivação é imperiosa no sistema de livre convencimento. Abandonados os sistemas de prova legal e da íntima convicção do juiz, tem o magistrado liberdade na seleção e valoração dos elementos de prova para proferir a decisão, mas deve, obrigatoriamente, justificar o seu pronunciamento.

[...]

O trabalho do juiz, como toda decisão humana, implica uma escolha entre alternativas. No conteúdo da motivação devem estar claramente expostas as escolhas e seleções feitas.

No plano do direito, deve ele justificar a escolha da regra jurídica aplicável, a opção por determinada interpretação da norma e a razão de ter admitido que dela derivassem certas consequências. Ante as alternativas possíveis, deve adequadamente dizer porque fez determinada opção. Maior ainda será a necessidade de motivar a posição assumida quando ela estiver em franca contradição com a orientação que prevalece na doutrina e na jurisprudência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A legitimidade da decisão exige ainda correta e adequada apreensão dos fatos transpostos ao processo por meio da atividade probatória. Cabe ao magistrado justificar porque considerou mais relevantes determinados elementos de prova e desprezou outros.

[...]

(GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo: RT, 2009, pág. 198/199 – grifo nosso)

Esta Corte Superior de Justiça possui orientação no mesmo sentido:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA. GUARDA DE MOEDA FALSA (ART. 289, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL). LAUDOS JÁ FABRICADOS NOS AUTOS, NOS QUAIS SE CONCLUIU QUE AS NOTAS QUE O RECORRENTE GUARDAVA ERAM FALSAS. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE TERCEIRA PERÍCIA. DESNECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA PARA VERIFICAÇÃO SOBRE SE A FALSIFICAÇÃO É OU NÃO CAPAZ DE LUDIBRIAR UM HOMEM COMUM. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE MOTIVADO. ART. 184, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Quanto ao sistema de valoração das provas, o legislador brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o Juiz, extraíndo a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, em decisão devidamente fundamentada.

[...]

5. No caso, tanto no laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, quanto no confeccionado pelo Núcleo de Criminalística da Polícia Federal em São Paulo, concluiu-se que as notas que o Recorrente guardava eram falsas. Se a falsificação é ou não capaz de enganar um homem médio, cabe apenas ao Juiz da causa verificar, sendo desnecessária a elaboração de um terceiro laudo, especialmente porque não se ventilou, nos autos, controvérsia acerca da competência da Justiça Federal ou Estadual.

6. Recurso desprovido.

(RHC n. 26.882/SP, Ministra Laurita Vaz, DJe 10/10/2011 – grifo nosso)

No caso dos autos, não explicitou o magistrado a razão pela qual adotou como elemento de convicção a prova documental juntada, nem a razão por que não adotou a prova testemunhal produzida em juízo, tendo-se limitado a afirmações genéricas de que *a materialidade delitiva encontra-se manifesta, ante a extensa prova documental aderida aos autos, corroborada por excelente*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trabalho de autoria realizado pelos auditores disciais da Receita Federal, cujos autos de infração e correspondentes demonstrativos de apuração encontram-se encartados às fls. 14-473 dos autos.

Assim, deve ser reconhecida a ausência de fundamentação da sentença no tocante ao convencimento do magistrado a respeito das provas dos autos, anulando-se a decisão a partir do item "4 - Mérito".

Declarada a nulidade da sentença, ficam prejudicados os pleitos relacionados à dosimetria da pena.

Em face do exposto, concedo **parcialmente** a ordem impetrada para declarar a nulidade da sentença condenatória proferida em desfavor do paciente, partir do item "4 - Mérito", devendo o magistrado singular proferir nova decisão, motivando a livre apreciação da prova constante dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.839 - SE (2012/0093784-3)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, nesse caso, a sentença foi proferida, contra ela foi interposta apelação, julgada, pelo Tribunal de Justiça. Do acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça, foi interposto Recurso Especial para o STJ. Esse Recurso Especial não foi admitido. Contra essa inadmissão, foi interposto Agravo, que não foi conhecido, por intempestivo, transitando a decisão em julgado.

Confesso que a situação dos autos causa-me muita perplexidade, porque, hoje, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a do STJ não admitem **habeas corpus** substitutivo de recurso, salvo flagrante ilegalidade, reparável por **habeas corpus**, de ofício. E, neste caso, trata-se muito mais do que **habeas corpus** substitutivo de recurso, porque o STJ, a meu ver, já exauriu a sua jurisdição, naquilo que lhe cabia julgar. Penso que, se porventura subsistir, do julgamento desse Agravo em Recurso Especial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, algum constrangimento ilegal, não mais caberá a este Tribunal repará-lo. Este Tribunal passará a ser autoridade coatora, num eventual **habeas corpus**, que deverá ser impetrado perante o Supremo Tribunal Federal.

Se assim não se entender, efetivamente, o julgamento dos processos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não terá fim. Após o julgamento do Recurso Especial ou do Agravo, pelo STJ, exaure-se a sua competência, e mesmo assim, após, conhece-se de um **habeas corpus** e o concede, para reparar uma ilegalidade que existiria em decorrência de julgado do próprio Tribunal.

Peço a mais respeitosa vênua ao eminente Ministro Relator, mas penso que, se subsistir eventual ilegalidade, após o julgamento do Agravo pelo STJ, com preclusão da matéria, este Tribunal será autoridade impetrada e, como tal, ao Supremo caberá reparar eventual ilegalidade.

Pelo exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.839 - SE (2012/0093784-3)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Srs. Ministros, tudo que eu poderia dizer a respeito do tema já o foi, de maneira que coincide com o meu pensamento, pelas Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura.

Pareceu-me, efetivamente que, num primeiro lance, não se deveria ultrapassar a hipótese que foi tão bem tratada no *Habeas Corpus* nº 104.045 do Supremo Tribunal Federal pela eminente Ministra Rosa Weber.

Por outro lado ainda, se quiséssemos avançar, também cuida-se tratar de nulidade tão grave quanto à ausência da fundamentação de decisão. A decisão pareceu-me adequadamente motivada para a hipótese que estamos a julgar.

Então, também peço licença ao Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, o Relator, para acompanhar a divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0093784-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 241.839 / SE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200231411 200285000031411 31419120024058500

EM MESA

JULGADO: 20/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MADSON LIMA DE SANTANA E OUTROS
ADVOGADO : MADSON LIMA DE SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5A REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS DA ROCHA FILHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **MADSON LIMA DE SANTANA**, pela parte **PACIENTE: JOSÉ CARLOS DA ROCHA FILHO**

CERTIDÃO

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

"A Turma, por maioria, não conheceu do pedido de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães, que lavrará o acórdão, vencidos o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira."

Votaram com a Sra. Ministra Assusete Magalhães a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.