



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.428 - SP (2009/0140415-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : MIGUEL REALE JÚNIOR E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JÚLIO FILKAUSKAS (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. GRANDE PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NÃO GERADORAS DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO QUANTITATIVO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Esta Corte admite o aumento da pena-base do delito de apropriação indébita previdenciária se elevado o montante não recolhido aos cofres da Previdência Social. Precedentes.
3. É cabível a valoração negativa dos antecedentes do réu com base na existência de condenação definitiva em seu desfavor, não obstante sua primariedade.
4. O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.
5. Tendo em vista que o crime perpetrou-se, reiteradamente, pelo período de 4 anos e 6 meses, revela-se adequada e fundamentada a aplicação da continuidade delitiva em patamar superior ao mínimo legal.
6. Se o reconhecimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa perpassa necessariamente pela análise de matéria fática, cumpre ressaltar a impropriedade da via eleita para tal fim, dada a necessidade de reexame do material cognitivo produzido nos autos, para se infirmar o entendimento assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas.
7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.428 - SP (2009/0140415-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : MIGUEL REALE JÚNIOR E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : JÚLIO FILKAUSKAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de JÚLIO FILKAUSKAS, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

Em 1º grau, o paciente foi absolvido. Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação, a qual foi provida, condenando o paciente às penas de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 150 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 168-A, § 1º, I, c/c o art. 71, ambos do Código Penal.

Os impetrantes apontam, em suma, ilegalidade na dosimetria da pena, argumentando que a pena-base do paciente foi excessivamente exasperada sem a necessária correlação com as circunstâncias judiciais desfavoráveis e que a aplicação da causa de aumento pela continuidade delitiva em patamar 3 (três) vezes superior ao mínimo legal, foi realizada à míngua de fundamentação idônea.

A liminar foi indeferida às fls. 72/73 e as informações prestadas às fls. 80/92, 134/142 e 144/163.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 94/98 pela denegação da ordem. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.428 - SP (2009/0140415-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos do acórdão impugnado:

Na primeira fase, observo que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não são favoráveis aos réus.

Com efeito, ambos os réus apresentam condenação anterior pela prática do mesmo delito, foram denunciados em 07/01/1998 e o trânsito em julgado da sentença se deu em 18/08/2003 (fl. 797). Ademais, considerando a gravidade das conseqüências do crime em razão do elevado montante não recolhido aos cofres da Previdência Social que, segundo informação Prestada à fl. 773 pela Procuradoria Federal Especializada do INSS em Campinas -SP alcançou a soma de R\$ 1.048.620,70 em 05/05/2006, entendo que a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Não havendo nos autos informação sobre a situação econômica dos réus, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente a época do primeiro fato, a teor do art. 60 do Código Penal.

Não há agravantes ou atenuantes, devendo incidir a causa de aumento da continuidade delitiva para ambos, o que faço na proporção de um meio, tendo em vista que os réus deixaram de recolher as contribuições pelo período de 04 anos e 06 meses e observando o entendimento consagrado nesta Egrégia Turma (TRF 3ª Região, Segunda Turma, ACR nº 11780, Rel. Des. Fed. Nilton dos Santos), tornando definitiva a pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, ex vi do disposto no artigo 33, § 3º do Código Penal e, ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa.

Por conseguinte, julgo Procedente a ação penal e condeno os réus à pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semi-aberto, e ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, por infração ao artigo 168-A, inciso c/c o artigo 71, ambos do Código Penal.

Alegam os impetrantes que os julgadores consideraram como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, as consequências do crime e os antecedentes, gerando um acréscimo na pena-base, decorrente de conceitos vagos, desguarnecidos dos motivos, dos porquês, ou dos fatos pelos quais concluíram que aquelas circunstâncias não são favoráveis ou são reprováveis.

Com efeito, a jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

Extraí-se do acórdão impugnado, contudo, que a fundamentação utilizada para a valoração negativa das consequências do crime e dos antecedentes é válida, pois baseada em argumentos concretos que ultrapassam os comuns aos demais crimes de apropriação indébita previdenciária.

A valoração negativa das consequências do crime ocorreu devido ao elevado montante que deixou de ser recolhido aos cofres da Previdência Social, totalizando a rubrica de R\$ 1.048.620,70, em 5/5/2006. Neste mesmo sentido firmou-se a jurisprudência desta Corte:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. GRANDE PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. É legítimo o aumento da pena base do crime de apropriação indébita previdenciária quando as quantias apropriadas são de grande monta, conforme pacífica jurisprudência desta Corte.

2. Por outro lado, mostra-se possível a redução da reprimenda pela atenuante da confissão espontânea, mesmo no caso em que existe prova documental apta a embasar o decreto condenatório.

3. Não existe ilegalidade quando o Tribunal de origem majora a pena em virtude das consequências do crime e, em seguida, a diminui, no mesmo quantum (compensação), pela incidência da atenuante da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 1111945/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 13/09/2010, REPDJe 11/10/2010)

Quanto aos *antecedentes* do paciente, foram negativamente valorados em virtude de condenação definitiva em seu desfavor, com o trânsito em julgado posterior ao fato deste processo.

Com efeito, o conceito de *maus antecedentes*, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem *reincidência*, mas servem como *maus antecedentes*, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR CRIME PRATICADO ANTES DA DENÚNCIA OBJETO DESTE RECLAMO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e impedir a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois diz respeito ao histórico do apenado (art. 44, III, do CP).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1486797/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 15/05/2015)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA. ART. 121, § 2º, I, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME OBJETO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.

1. Restam configurados os maus antecedentes sempre que, na data da sentença, o acusado registre condenação definitiva por delito anterior, independentemente do momento do seu trânsito em julgado, se anterior ou posterior ao crime em análise.

2. Nos termos da jurisprudência firmada no STJ, a exigência de que o trânsito em julgado da condenação antecedente preceda a prática do delito atual se aplica apenas para a caracterização da reincidência, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 63 do Código Penal.

3. Na espécie, a certidão de antecedentes do recorrido registra, conforme assinala o acórdão da origem, diversas condenações definitivas por fatos anteriores ao crime examinado neste feito, o que permite a valoração negativa de seus antecedentes.

4. Recurso especial a que se dá provimento a fim de atestar os maus antecedentes do recorrido, redimensionando a sua pena.

(REsp 1465666/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 09/10/2014)

Para a aplicação de fração superior ao mínimo legal, a título de continuidade delitiva, utilizou-se o julgador de critério matemático, fixando a elevação no patamar de 1/2, tendo em vista que as contribuições deixaram de ser recolhidas pelo período de 4 anos e 6 meses.

Entende esta Corte que o *quantum* de exasperação da pena, em observância à continuidade delitiva, deve operar-se por meio de critério objetivo. Nessa linha de raciocínio, foram fixados parâmetros matemáticos para fundamentar a elevação da causa de aumento em patamar superior ao mínimo, levando em consideração a quantidade de crimes praticados. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AFASTAMENTO DA AUTORIA DELITIVA E APLICAÇÃO DA TESE DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PRETENSÃO QUE DEMANDA O REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. ELEMENTO SUBJETIVO. DESNECESSIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO OBJETIVO.

1. Havendo o Tribunal de origem assentado, mediante o exame da matéria fática e probatória constante dos autos, a autoria delitiva e o afastamento da excludente de culpabilidade, tem-se que a pretensão em sentido contrário, a motivar o presente recurso especial, demandaria reexame de prova, incabível em recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. O crime de apropriação indébita previdenciária não exige o dolo específico de fraudar a previdência social (*animus rem sibi habendi*), bastando a mera intenção de deixar de recolher os valores devidos a título de contribuição previdenciária. Precedentes.

3. Não é cabível a diminuição da fração relativa à continuidade delitiva, porquanto, tendo o réu praticado a conduta imputada a ele por 63 (sessenta e três) vezes, revela-se adequada a sua fixação no patamar máximo previsto. Adoção do critério objetivo.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1353240/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CRITÉRIO PARA AUMENTO DA PENA EM FACE DA CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71). NÚMERO DE INFRAÇÕES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

03. "Em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações" (HC 258.328/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/02/2015; HC 273.262/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 06/11/2014).

À luz da jurisprudência e da premissa fática estabelecida na sentença - "prática de pelo menos quatro investidas contra uma vítima e duas investidas contra a outra" -, impõe-se a manutenção das sanções impostas.

04. Habeas corpus não conhecido.

(HC 175.200/DF, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015)

Desta feita, com relação à dosimetria da pena, não merece ser revisto o entendimento da Corte regional, visto que em harmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Importante destacar que os argumentos relacionados à situação falimentar da empresa não bastam para afastar a condenação, tendo em vista a inexigibilidade de conduta diversa, pois o exame pretendido perpassaria necessariamente pela análise de matéria fática, o que é incabível por meio da via eleita, dada a necessidade de reexame do material cognitivo produzido nos autos, para se infirmar o entendimento assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0140415-9

HC 142.428 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200361050035796

EM MESA

JULGADO: 10/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MIGUEL REALE JÚNIOR E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JÚLIO FILKAUSKAS (PRESO)
CORRÉU : JOSÉ LUIZ CERBONI DE TOLEDO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.