

HABEAS CORPUS Nº 509.765 - SP (2019/0135050-3)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : MATHEUS HERREN FALIVENE DE SOUSA
ADVOGADO : MATHEUS HERREN FALIVENE DE SOUSA - SP300463
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : RODOLFO FURTADO DE CARVALHO BULLARA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **RODOLFO FURTADO DE CARVALHO BULLARA**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, a qual foi substituída por duas restritivas de direitos (fls. 24-49).

A Defesa e o Ministério Público Federal interpuseram apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao ministerial, conforme v. acórdão de fls. 50-65 assim ementado:

"APELAÇÃO— CRIMINAL. PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO TEMERÁRIA. PRELIMINARES DE ILICITUDE DA PROVA, INÉPCIA DA DENÚNCIA, NÃO RECEPÇÃO DO CRIME PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PERDA DO EMPREGO PÚBLICO.

1. O Juízo a quo desconsiderou, ante a existência de dúvida razoável acerca da quebra ilícita do sigilo bancário do acusado, o suposto recebimento de cheques por parte da empresa indicada nos autos. Por consequência, também restaram

afastadas quaisquer nulidades que poderiam viciar a ação penal. As demais provas presentes nos autos não derivam dessa possível quebra ilícita de sigilo bancário e o procedimento administrativo de apuração da conduta do acusado não guarda qualquer relação com essa prova, de modo que não deve ser considerada inadmissível, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

2. In casu, os fatos descritos na denúncia mostram a ocorrência de fato típico, qual seja, a celebração de contratos de mútuo feneratício que não atendiam às garantias necessárias à segurança da instituição bancária. A materialidade e os indícios suficientes de autoria sustentam-se no procedimento administrativo cujos autos acompanharam a denúncia, que, por sua vez, traz a qualificação do agente e a classificação do crime, descrevendo adequadamente os fatos. Se havia alguma imprecisão temporal ou quanto ao cargo ocupado pelo acusado, cabia o esclarecimento durante a instrução processual, o que de fato foi feito. Foi garantido, assim, que a defesa exercesse o direito de se contrapor à tese acusatória, restando assegurada a efetiva atuação da cláusula da ampla defesa e possibilitada a correta aplicação da lei penal. Não há, portanto, inépcia da denúncia.

3. O elemento normativo ("gestão temerária") do crime previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 é suficiente como parâmetro para delimitar quais condutas, em casos concretos, poderiam amoldar-se à descrição típica. Trata-se de tipo penal aberto, plenamente admitido no ordenamento jurídico brasileiro.

4. Uma vez que a decisão do Juízo a quo que condenou o acusado foi alvo de recurso por parte da acusação, apenas a prescrição com base na pena em abstrato pode ser avaliada. À luz do prazo prescricional fixado e dos intervalos entre os marcos interruptivos, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal.

5. A materialidade delitiva está devidamente comprovada pelo Relatório da Auditoria, pelo Relatório de Apuração Sumária e pelos documentos que os instruem, bem como pela prova testemunhal. Não é necessária a multiplicidade de ações para caracterizar o crime de gestão temerária. A autoria, por sua vez, encontra-se igualmente comprovada pelos documentos juntados aos autos e pelos depoimentos das testemunhas colhidos judicialmente.

6. O elemento subjetivo do delito restou comprovado, vez que não é crível que o réu, funcionário descrito pelas testemunhas como diligente e conhecedor das normas da CEF, tenha agido com mera negligência ou imperícia, restando

caracterizada, ao menos, a existência de dolo eventual.

7. O princípio da insignificância não se aplica ao caso, tendo em vista a comprovação do prejuízo da CEF, cujo valor não é irrisório, em razão da conduta do réu.

8. A gestão temerária é crime formal, que não exige a efetivação de resultado naturalístico para a sua configuração. Dessa forma, mesmo que a dívida não tivesse o condão de influenciar na decisão do órgão responsável pela autorização da operação, a omissão de dados pelo réu, que era o gerente responsável pela análise inicial, constitui ato que, por si só, caracteriza o crime. Dessa forma, presente o nexo de causalidade entre sua conduta e a gestão temerária da operação da instituição bancária.

9. O réu, como gerente da CEF, não tinha o direito de agir conforme as normas da instituição bancária, mas sim o dever funcional de observá-las. De acordo com as provas presentes nos autos, o acusado deixou de proceder como determinado pelas regras da CEF, violando tal dever. Assim, não merece guarida a tese de absolvição em razão da excludente de ilicitude do exercício regular de direito.

10. Dosimetria. A pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal, pois as consequências do crime ultrapassam a normalidade esperada para o tipo penal. No caso concreto, a gestão temerária trouxe efetivo dano à CEF.

11. Fixado o regime aberto para cumprimento da pena. Substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

12. Aplicação do art. 92, I, "a", do Código Penal ao caso. Perda do emprego público do acusado na CEF.

13. Apelação da defesa desprovida e apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida.

No presente **writ**, a Defesa alega atipicidade da conduta do paciente, com consequente ausência de justa causa para a ação penal, sustentando que, *"como para que haja a incidência do crime de gestão temerária de instituição financeira é necessário, primeiro, que haja a punição no âmbito administrativo (que indica a existência de um ilícito administrativo, permitindo a existência de um ilícito penal, na medida em que o Direito Penal é a ultima ratio), não há como se considerar, na hipótese, a existência do crime por absoluta falta de tipicidade da conduta"* (fl. 8).

Aduz que, *"somente seria possível a incidência da norma penal*

incriminadora se, antes, houver a incidência da norma de natureza administrativa sancionatória, que funciona como condição para a tipicidade do crime" (fl. 11).

Assere que *"essa situação é a que ocorre no âmbito do crime de gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86), na medida em que, para a ocorrência do referido crime (esfera penal), exige-se uma prévia apuração conduzida pelo Banco Central, órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional (esfera administrativa), com efetiva condenação, o que não ocorreu no presente caso" (fl. 12).*

Invoca precedente do col. Supremo Tribunal Federal para corroborar sua tese.

Requer, por fim, liminarmente, seja determinada a suspensão do processo de origem até o julgamento do presente **writ** e, no mérito, pugna pela concessão da ordem *"para que seja reconhecida a ausência de justa causa para a ação penal, com a absolvição do Paciente" (fl. 15).*

O pedido liminar foi indeferido às fls. 78-82.

Informações prestadas às fls. 86-400.

O Ministério Público Federal, às fls. 403-411, manifestou-se pelo não conhecimento do **habeas corpus**, conforme parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO . NÃO CABIMENTO, NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .

AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO . CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA . ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE PRÉVIA APURAÇÃO POR PARTE DO BANCO CENTRAL . MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE A QUO . SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA .

PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS."

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Como relatado, a impetrante sustenta, em síntese, atipicidade da conduta do paciente, com consequente ausência de justa causa para a ação penal, ao argumento de que, para a ocorrência do crime de gestão temerária - art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86 (esfera penal), *"exige-se uma prévia apuração conduzida pelo Banco Central, órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional (esfera administrativa), com efetiva condenação, o que não ocorreu no presente caso"* (fl. 12).

Para delimitar a **quaestio**, insta transcrever a seguir o que foi consignado pelo eg. Tribunal de origem no v. aresto proferido em sede de apelação, ora combatido (fls. 50-59):

"Preliminares

Prova ilícita

A defesa de RODOLFO alega a nulidade do processo em razão de prova ilícita, qual seja, a quebra do sigilo bancário do acusado sem a devida

autorização judicial.

Conforme se verifica da sentença ora recorrida, o Juízo a quo desconsiderou a informação de que o réu teria recebido cheques da empresa "W. Fix Comercial Ltda.", vez que reconheceu que "não restou bem explicado como a Auditoria descobriu os cheques (...). Existe, ao menos, uma dúvida razoável sobre a possível violação ilícita do sigilo bancário do réu, (...)". Assim, afastou os cheques do conjunto probatório e, por consequência, quaisquer nulidades que poderiam viciar a ação penal.

Por sua vez, as demais provas presentes nos autos não derivam da possível quebra ilícita de sigilo bancário. Isso porque, como ressalta a testemunha Ana Cláudia Rodrigues Curi (fls. 519/520), as investigações internas da CEF que deram origem à ação penal objetivavam analisar "irregularidades em concessões de operações pessoa jurídica, todas ligadas a um convênio que a Caixa tinha feito com o SIMPI - Sindicato de Micros e Pequenas Empresas lá na Capital, lá na cidade de São Paulo". Essa testemunha ainda acrescenta que "na maioria dos casos, as operações, as concessões feitas elas ficaram inadimplentes, então isso levou a Caixa a fazer essa investigação e na condução da Comissão de Apuração do qual eu fiz parte nós levantamos todos os dossiês dessas concessões para analisar essas irregularidades".

Está claro, portanto, que o início do referido procedimento administrativo de apuração não guarda qualquer relação com a suposta prova ilícita, de modo que não deve ser considerado prova inadmissível, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

No mais, observo que, como bem salientou o Juízo a quo, ainda que haja indícios da prática do crime de quebra de sigilo, previsto pelo art. 10 da Lei Complementar nº 105/2001, já teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva à luz da pena em abstrato. Isso porque desde os fatos, datados do início de 2003, já se passaram mais de 12 (doze) anos, prazo este superior ao prazo prescricional de 8 (oito) anos aplicado à pena máxima imputada ao crime (CP, art. 109, IV).

Ao contrário do que argumenta a defesa, não se aplica ao caso o disposto no art. 116, I, do Código Penal. A suspensão da prescrição de que trata o referido dispositivo está condicionada às hipóteses dos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal, que a limita a questões de estado civil e de competência do juízo cível. Não verifico, nos autos, nenhuma das referidas hipóteses. Portanto, não prospera a alegação de ocorrência de causa impeditiva da prescrição do suposto crime de quebra ilícita de sigilo bancário.

Em conclusão, tendo em vista a não utilização da prova composta pelos cheques da "W. Fix Comercial Ltda." depositados em favor do acusado e a desvinculação entre estes e os elementos probatórios relativos à operação envolvendo a "World Com Teleinformática Ltda.", não se visualiza qualquer vício relativo ao conjunto probatório que possa ensejar a declaração de nulidade do feito.

Inépcia da denúncia

O acusado pleiteia o reconhecimento da inépcia da denúncia por imprecisão quanto ao período de tempo em que teriam ocorrido as condutas criminosas e quanto ao cargo ocupado pelo acusado.

A primeira fase da persecutio criminis não exige que todos os elementos de um delito estejam definitivamente esclarecidos, uma vez que a verificação de justa causa para a ação penal pauta-se em juízo de probabilidade, e não de certeza (materialidade e indícios suficientes de autoria). A certeza para fins de juízo condenatório deve advir do conjunto probatório formado ao longo da instrução processual.

In casu, os fatos descritos na denúncia mostram a ocorrência de fato típico, qual seja, a celebração de contratos de mútuo feneratício que não atendiam às garantias necessárias à segurança da instituição bancária.

A materialidade e os indícios suficientes de autoria sustentam-se no procedimento administrativo cujos autos acompanharam a denúncia, que, por sua vez, traz a qualificação do agente e a classificação do crime, descrevendo adequadamente os fatos. Se havia alguma imprecisão temporal ou quanto ao cargo ocupado pelo acusado, cabia o esclarecimento durante a instrução processual, o que de fato foi feito.

Foi garantido, assim, que a defesa exercesse o direito de se contrapor à tese acusatória, restando assegurada a efetiva atuação da cláusula da ampla defesa e possibilitada a correta aplicação da lei penal. Não há, portanto, inépcia da denúncia.

Não recepção do crime de gestão temerária pela Constituição Federal

Aduz a defesa de RODOLFO que o art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 violaria os princípios da taxatividade e da legalidade, não tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

De fato, a gestão temerária pode configurar-se em razão de muitos comportamentos, sendo impossível ao legislador descrever todos eles em um tipo penal fechado. Contudo, tal não significa que a descrição típica trazida pelo art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86 seja vaga. O elemento normativo do tipo ("gestão temerária") é suficiente como parâmetro para delimitar quais condutas, em casos concretos, poderiam amoldar-se à descrição típica. Trata-se de tipo penal aberto, plenamente admitido no ordenamento jurídico brasileiro.

(...)

Rejeito, portanto, a preliminar de não recepção do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 pela Constituição Federal de 1988.

Prescrição

O réu RODOLFO ainda pugnou pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal em razão da pena aplicada pela

sentença recorrida.

Uma vez que a decisão do Juízo a quo que o condenou à pena de 2 (dois) anos de reclusão foi alvo de recurso por parte da acusação, apenas a prescrição com base na pena em abstrato pode ser avaliada. De acordo com o inciso III do art. 109 do Código Penal, a prescrição da pena máxima prevista pelo art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 ocorre em 12 (doze) anos. Do exame dos autos verifico que (i) os fatos imputados ao réu ocorreram em entre 2002 e 2003 (fls. 08/14), (ii) a denúncia foi recebida em 22 de abril de 2010 (fls. 351) e (iii) a sentença condenatória foi publicada em 15 de setembro de 2013 (fls. 575).

Assim, à luz do prazo prescricional fixado pelo art. 109, III, do Código Penal e dos intervalos entre os marcos interruptivos, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Mérito

Como entendeu o Juízo a quo, apenas a materialidade do crime de gestão temerária quanto à operação envolvendo a empresa "World com Teleinformática Ltda." está devidamente comprovada.

Inicialmente, verifico que, à luz dos depoimentos testemunhais e do conjunto de documentos juntados aos autos, apenas as condutas de concessão de empréstimos de valores superiores aos limites de crédito autorizados e a não inclusão de informações relevantes nos cadastros do banco, do que decorreu a celebração de mútuo de valor acima da capacidade de pagamento da empresa "World com Teleinformática Ltda.", restaram comprovadas. Tal se verifica pelo Relatório da Auditoria (ref.: Serviço SP 2003/114 - fls. 211/217) e pelo Relatório de Apuração Sumária do Processo nº 1/21.00280/2003 (fls. 220/246). Neste último, consta que:

(...)

As conclusões do Relatório de Apuração Sumária estão fundamentadas em documentos juntados aos autos, entre eles: a) pesquisa datada de 05.08.2002 (fls. 78 do Apenso 1), em que a empresa "World Com Teleinformática Ltda." aparece como devedora do Sistema Financeiro Nacional, sendo que tal informação não foi inserida no SIRIC (Sistema de Risco de Crédito), o sistema utilizado pela CEF para determinar se havia e qual seria a margem de crédito da empresa requerente de empréstimo e b) relatório de avaliação de crédito (fls. 82 do Apenso 1), em que consta que o valor de R\$ 23.744,00 (vinte e três mil setecentos e quarenta e quatro reais) correspondia efetivamente ao chamado "limite global disponível" para a empresa, sendo que, ao contrário do que afirmou o acusado em seu interrogatório (fls. 504/506), o "desconto de cheques" estava em R\$ 0,00 (zero).

A materialidade ainda restou provada pelo depoimento da testemunha Ana Cláudia Rodrigues Curi (fls. 519/520), que participou da Comissão de Apuração Sumária, conforme trechos que seguem:

(...)

Ressalto que, ao contrário do que alega a defesa, não é necessária a multiplicidade de ações para caracterizar o crime de gestão temerária. Isso porque, de acordo com a jurisprudência e a doutrina pátrias, trata-se de crime habitual impróprio, em que uma única ação é suficiente à configuração do delito.

(...)

Portanto, há provas suficientes a caracterizar a materialidade do crime de gestão temerária.

A autoria, por sua vez, encontra-se igualmente comprovada.

Conforme verifica-se nos documentos juntados aos autos (fls. 22, 107, 174 e 207 do Apenso 1), RODOLFO era o gerente responsável pela avaliação da operação com a empresa "World com Teleinformática Ltda."

De fato, como alega o réu em seu interrogatório judicial, o gerente júnior só poderia conceder empréstimos sem a análise e o deferimento do Comitê de Crédito se o valor da operação estivesse dentro de uma margem de alçada previamente estabelecida. Tendo em vista que, de acordo com as testemunhas Vinícius Cardoso Cardona (fls. 477/478), Manuel Rodrigues Miramontes, Adriano Aparecido Ribeiro e Fernando Ferreria Crespo (fls. 488/496), este valor de alçada era baixo (entre R\$ 10.000,00 - dez mil reais - e R\$ 30.000,00 - trinta mil reais), no caso em tela era necessário encaminhar os documentos, relatórios e análises prévias de crédito ao Comitê para que este deliberasse, como de fato ocorreu (fls. 174/175 do Apenso 1).

A submissão da operação ao Comitê de Crédito, contudo, não retira a responsabilidade de RODOLFO no que tange à gestão temerária identificada.

Isso porque, como gerente júnior, cabia ao acusado analisar os documentos e dados fornecidos pela empresa, realizar pesquisas, alimentar o SIRIC - que avalia a capacidade econômica da pleiteante - e elaborar parecer. Todas estas funções atribuídas ao réu tinham como objetivo dar subsídio à análise e decisão do Comitê. Assim, a decisão acerca do deferimento ou não do pedido de crédito dependia da atuação regular do gerente.

Em seu interrogatório (fls. 504/506), RODOLFO alega que não havia a possibilidade de manipular o processo- de concessão de empréstimos, vez que se a análise - realizada pelo SIRIC - não liberasse o crédito, era impossível concedê-lo.

A testemunha Fernando Ferreira Crespo (fls. 488/496), todavia, afirmou que o sistema poderia ser ludibriado se as informações nele inseridas pelo responsável não correspondessem à verdade. Cito trecho do depoimento:

(...)

Ainda de acordo com as testemunhas ouvidas em Juízo, RODOLFO era um funcionário diligente e conhecedor das normas da CEF.

Diante desta postura profissional, não é crível que a ausência de inserção de dados no SIRIC e que o parecer pelo deferimento do crédito acima do limite global tenham sido resultado de mera negligência ou imperícia do acusado. As irregularidades apontadas foram identificadas em exigências procedimentais corriqueiras e expressamente previstas pelas normas internas

da CEF. Assim, resta caracterizada, ao menos, a existência de dolo eventual.

A defesa ainda alega a necessidade de aplicação do princípio da insignificância ao caso em tela, vez que não teria sido caracterizada lesão à CEF em virtude da conduta imputada a RODOLFO. O conjunto probatório, contudo, aponta em sentido oposto: conforme documento a fls. 02 do Apenso 1, a empresa "World Com Teleinformática Ltda." devia à CEF, em 15/02/2015, o valor de R\$ 32.707,05 (trinta e dois mil setecentos e sete reais e cinco centavos), em razão do não pagamento do empréstimo de que trata o presente caso. Assim, tendo em vista a comprovação do prejuízo da CEF e que este não é de valor irrisório, não há que se falar na aplicação do princípio da insignificância ao caso.

Aduz ainda RODOLFO que não haveria nexo de causalidade entre a omissão da dívida de R\$ 22.670,82 (vinte e dois mil seiscentos e setenta reais e oitenta e dois centavos) da "World Com Teleinformática Ltda." e a concessão do empréstimo, já que a operação teria sido aprovada mesmo com a inserção do dado no sistema. Tal tese não se sustenta, pois não se fundamenta em base concreta, mas apenas na suposição de como agiria o Comitê de Crédito.

Friso que a gestão temerária é crime formal, que não exige a efetivação de resultado naturalístico para a sua configuração. Dessa forma, mesmo que a dívida não tivesse o condão de influenciar na decisão do órgão responsável pela autorização da operação, a omissão de dados pelo réu, que era o gerente responsável pela análise inicial, constitui ato que, por si só, caracteriza o crime. Dessa forma, presente o nexo de causalidade entre sua conduta e a gestão temerária da operação da instituição bancária.

Por fim, a defesa pretende a absolvição do réu sob o argumento de que agiu acobertado pela excludente de ilicitude do exercício regular de direito. Não procede tal alegação, vez que RODOLFO, como gerente da CEF, não tinha o direito de agir conforme as normas da instituição bancária, mas sim o dever funcional de observá-las. De acordo com as provas presentes nos autos, o acusado deixou de proceder como determinado pelas regras da CEF, violando tal dever. Assim, não merece guarida a tese de absolvição em razão dessa excludente de ilicitude.

Tendo em vista a comprovação da materialidade e da autoria delitiva, bem como o afastamento das teses defensivas apresentadas, mantenho a condenação de RODOLFO.

(...)"

Nota-se, do que foi asseverado pela eg. Corte local, que o tema atinente à tese de necessidade de apuração prévia da conduta do agente pelo Banco Central, para a configuração do crime de gestão temerária de instituição financeira, não foi examinado pelas instâncias ordinárias.

Assim, se o eg. Tribunal **a quo** não se manifestou acerca da

questão suscitada no presente **habeas corpus**, fica impedida esta Corte Superior de proceder a sua análise, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido é o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta eg. Corte de Justiça, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O eg. Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, esteve adstrito a questões relacionadas à autoria e à materialidade do delito, nada tratando acerca da pena imposta.

2. Assim, a redução da pena-base, objeto desta impetração, não foi debatida pelo Tribunal de origem, o que impede a sua análise diretamente por este Sodalício, sob o risco de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 429.145/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 22/03/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO NÃO SUBMETIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não debatida a matéria na instância ordinária, não cabe a este Superior Tribunal de Justiça inaugurar o enfrentamento da tese, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

6. *Ordem parcialmente concedida para reduzir as penas a 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias-multa*" (HC n. 400.229/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 08/03/2018, grifei).

Vale ressaltar, ademais, que esta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de que, mesmo eventual nulidade absoluta, não pode ser declarada em supressão de instância. Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DE DESEMBARGADOR RELATOR PARA PROFERIR DECISÃO. NÃO CONFIGURADA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. DECISÃO DE JUIZ DE 1º GRAU. INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA MODIFICAR OS ATOS JUDICIAIS. ART. 105, I, "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Falece competência a esta Corte, a teor do art. 105, I, "c", da Constituição Federal, para julgar habeas corpus impetrado contra despacho de mero expediente proferido por Desembargador Relator, sem qualquer carga decisória, após o Órgão Especial do TJRJ ter determinado a remessa do feito para o 1º Grau.

II - Inviável qualquer manifestação a respeito de decisão declinatória de competência proferida pelo Juízo da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital, uma vez que, sob o mesmo fundamento legal acima indicado, esta Corte não tem competência para examinar habeas corpus impetrado diretamente contra ato de Juiz de 1º Grau.

III - Mesmo a suposta nulidade absoluta deve ser objeto de decisão pelo eg. Tribunal de Justiça, para que seja inaugurada a competência desta Corte e afastada a supressão de instância.

IV - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido" (AgRg nos EDcl no HC n. 448.209/RJ, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 09/08/2018, grifei).

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. ALEGADA DEFICIÊNCIA TÉCNICA DA DEFESA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 523/STF. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

3. Com efeito, "mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias" (AgRg no AREsp 872.787/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).

4. De mais a mais, "no Processo Penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula 523/STF), incorrente na espécie.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 349.782/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 12/12/2017, grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATO OBSCENO. NULIDADE DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA UM ANO APÓS OS FATOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Inviável avaliar a alegação de nulidade absoluta do feito se ela não foi levada a exame do Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

2. *Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.*

[...]" (RHC n. 87.472/MG, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 15/02/2018).

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO.
TRÂNSITO EM JULGADO. INCOMPETÊNCIA. SUPRESSÃO.
AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. *O habeas corpus foi impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo transitado em julgado; é, portanto, substitutivo de revisão criminal. Por força do art. 105, I, "e", da Constituição Federal, a competência desta Corte para processar e julgar revisão criminal limita-se às hipóteses de seus próprios julgados. Não existindo nesta Corte julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelo paciente, forçoso reconhecer a incompetência deste Tribunal para o julgamento do presente pedido.*

2. *Ademais, as questões aventadas neste habeas corpus - incompetência do Juízo, nulidade da busca e apreensão, assim como do laudo pericial e inépcia da denúncia - não foram sequer objeto de análise pelo Tribunal a quo, o que impede também o seu conhecimento nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância, pois até mesmo as nulidades absolutas devem ser objeto de prévio exame na origem a fim de que possam inaugurar a instância extraordinária.*

3. *Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 395.493/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 25/05/2017 - grifei).*

Desta feita, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem, de ofício.

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

P. I.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Ministro

