HABEAS CORPUS Nº 534.538 - SP (2019/0281500-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	LUIZ FLAVIO BORGES D URSO
ADVOGADO	:	LUIZ FLAVIO BORGES D´URSO - SP069991
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	MIGUEL MARTINS FERNANDES FILHO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MIGUEL MARTINS FERNANDES FILHO contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deu parcial provimento ao apelo defensivo, assim ementado (fls. 57/58):

> PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 337-A E ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. EXCLUDENTE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADES FINANCEIRAS NÃO COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA BASE. CULPABILIDADE, ANTECEDENTES E CONSEQÜÊNCIAS DO DELITO. ATENUANTE DA CONFISSÃO APLICADA. AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PENA DE MULTA REDIMENSIONADA. CONCURSO MATERIAL MANTIDO. REGIME SEMIABERTO CONSERVADO. INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
>
> 1. A alegação de dificuldades financeiras como excludente é inaceitável quando a conduta omissiva resulta de uma ação fraudulenta, engendrada para reduzir ou suprimir as obrigações tributárias do contribuinte.
>
> 2. De qualquer forma, quando o crime contra a ordem tributária admite a incidência de referida causa excludente de culpabilidade, como é o caso do artigo 168-A, do Código Penal, esta somente se configura em casos excepcionais. Dificuldades financeiras não comprovadas.
>
> 3. Desconsiderados os aumentos referentes à culpabilidade e às conseqüências do delito (artigo 168-A, CP), a pena base restou diminuída para cada crime.
>
> 4. A circunstância de o apelante ter alegado causa de excludente de culpabilidade não implica o afastamento do redutor do artigo 65, III, "d", do Código Penal, uma vez que a espontaneidade exigida pela norma prescinde de motivos. Atenuante da confissão reconhecida.
>
> 5. A aplicação da continuidade delitiva foi correta, eis que as condutas foram praticadas ao longo de várias competências. Frações de aumento fixadas seguindo o binômio da proporcionalidade e razoabilidade.
>
> 6. A pena de multa autônoma deve ser aplicada em proporcionalidade à pena privativa de liberdade adotada (art. 49 c.c. art. 59, do Código Penal).
>
> 7. Mantido o concurso material entre os delitos de sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 2A1ECDE9-ACFA-4E5E-A220-1BB5B2A6D3F3

> 8. De acordo com o disposto no artigo 33, §2°, letra "b" e §3° do Código Penal, conservado o regime semiaberto para o cumprimento da pena fixada.
> 9. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44, I, do Código Penal).
> 10. Recurso da defesa parcialmente provido.

O impetrante objetiva o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, pela modalidade retroativa, em relação ao delito do art. 168-A do Código Penal, e a readequação do regime inicial de cumprimento da pena em face do crime do art. 337-A do Código Penal, com substituição por penas alternativas.

Requer, liminarmente, a suspensão da execução da pena até o julgamento final do *writ.*

Indeferida a liminar (fl. 73) e prestadas as informações (fls. 76-244), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de *habeas corpus* (fls. 256-260).

Posteriormente, o impetrante juntou aos autos cópia de decisão do Juízo de piso que reconheceu a prescrição e fixou a modalidade aberta para o regime inicial; desta maneira, pede que se analise apenas a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, indeferida pelo Juízo da execução.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme salientado pelo impetrante, as matérias referentes ao reconhecimento da prescrição e a consequente alteração do regime estão prejudicadas pela decisão às fls. 250-252.

Sobre a questão remanescente, assim manifestou-se o juízo primevo (fl. 250):

> Inicialmente, indefiro o pedido de substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, **nos termos da manifestação do Ministério Público,** uma vez que a medida não é suficiente, à vista do disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal.
> No mais, considerando que o regime semiaberto foi fixado exclusivamente em razão do *quantum* de pena aplicado e que, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação a um dos delitos, **restou a pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão,** com razão a defesa no que tange ao regime inicial.

Sobre a impossibilidade de conversão da pena corporal em restritiva de direitos, a Corte estadual assim havia entendido (fl. 64):

De acordo com o disposto no artigo 33, §2°, letra "b" e §3° do Código Penal,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 2A1ECDE9-ACFA-4E5E-A220-1BB5B2A6D3F3

> mantenho o regime semiaberto para o cumprimento da pena fixada, bem como considero **incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como pretendida pela defesa do réu-apelante, haja vista que a pena corporal é superior a 4 (quatro) anos, segundo determinação legal estabelecida no artigo 44,1, do Código Penal**.
> Mantida, no mais, a sentença condenatória objeto de recurso.

Como se vê, o Tribunal de origem manteve a segregação corporal em face de critério objetivo, qual seja, o *quantum* da pena. Tendo em vista posterior decisão de primeiro grau que reconhece a prescrição punitiva, reduz a reprimenda imposta mas não converte a pena em restritiva de direitos, necessária é a submissão da matéria ao Tribunal de origem. Então, esse ponto não poderá ser conhecido por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

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

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 2A1ECDE9-ACFA-4E5E-A220-1BB5B2A6D3F3