

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 124.398 - SP (2008/0281381-4)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : **GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ROSEMEIRE JORGE CARLOS**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. REPARAÇÃO DO DANO. IRRELEVÂNCIA. PENA DE MULTA. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO PARCIALMENTE.

1. Não há como conhecer da impetração que tem por objetivo a absolvição da paciente, seja pela atipicidade da conduta, seja pela inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista que a via estreita do *habeas corpus* não comporta análise de mérito do processo de conhecimento, porquanto não admite o exame aprofundado das provas produzidas por ocasião da instrução criminal.
2. "No crime de apropriação indébita, a reparação do dano por ato voluntário do agente, antes ou depois do recebimento da denúncia, não tem o condão de obstar a propositura da ação penal, prestando-se, apenas na primeira hipótese, a reduzir a pena eventualmente imposta ao réu" (HC 51.243/CE, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ de 9/4/07).
3. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva, não incide o disposto no art. 72 do Código Penal.
4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida em parte, apenas para redimensionar a pena de multa para 19 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente a ordem. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de abril de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 124.398 - SP (2008/0281381-4)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : **GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ROSEMEIRE JORGE CARLOS**

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROSEMEIRE JORGE CARLOS, condenada à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 260 dias-multa, substituída, ao final, a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, pela prática do delito tipificado no art. 168, § 1º, inciso III, c.c. art. 71, ambos do Código Penal.

Insurgem-se os impetrantes contra acórdão da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso de apelação (ACR 993.07.064261-0) interposto pela defesa.

Pleiteiam, em suma (fl. 19):

...seja concedida a ordem para o fim de determinar a absolvição da paciente em decorrência da caracterização da excludente de culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa, ou mesmo diante do reconhecimento de que o acordo entre as partes afastaria a incidência do direito penal, tratando-se, na realidade, de mero ilícito civil, ante a ausência de dolo por parte da paciente.

Alternativamente, pugna pela aplicação analógica do disposto no artigo 9º da Lei 10.824, suspendendo-se a prescrição punitiva em relação à paciente, afinal aonde há a mesma razão há o mesmo direito.

Por fim, caso seja mantida a condenação requer-se a redução da pena de multa, afastando-se a incidência do artigo 72 do Código Penal, unificando a pena pecuniária nos moldes da pena privativa de liberdade em virtude da continuidade delitiva.

O pedido liminar foi por mim indeferido, oportunidade em que foram dispensadas as informações, em virtude da completa instrução do *writ* (fl. 29).

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República ZÉLIA OLIVEIRA GOMES, opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 31/42).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 124.398 - SP (2008/0281381-4)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. REPARAÇÃO DO DANO. IRRELEVÂNCIA. PENA DE MULTA. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO PARCIALMENTE.

1. Não há como conhecer da impetração que tem por objetivo a absolvição da paciente, seja pela atipicidade da conduta, seja pela inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista que a via estreita do *habeas corpus* não comporta análise de mérito do processo de conhecimento, porquanto não admite o exame aprofundado das provas produzidas por ocasião da instrução criminal.

2. "No crime de apropriação indébita, a reparação do dano por ato voluntário do agente, antes ou depois do recebimento da denúncia, não tem o condão de obstar a propositura da ação penal, prestando-se, apenas na primeira hipótese, a reduzir a pena eventualmente imposta ao réu" (HC 51.243/CE, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ de 9/4/07).

3. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva, não incide o disposto no art. 72 do Código Penal.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida em parte, apenas para redimensionar a pena de multa para 19 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Pelos percucientes fundamentos, aos quais nada tenho a acrescentar, adoto como razões de decidir o parecer do Ministério Público Federal exarado pela Subprocuradora-Geral da República ZÉLIA OLIVEIRA GOMES, *litteris* (fls. 35/42):

Cumpra ressaltar, de início, que o *habeas corpus* não se presta para a realização de ampla e profunda avaliação do sítio probatório, com vista a transformar condenação em absolvição, pretensão que encontra melhor acolhimento na revisão criminal, para a qual o Superior Tribunal não tem competência, salvo em relação aos seus próprios julgados.

Confira-se, a propósito:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE

DO EXAME NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Não há como conhecer da impetração que tem por objetivo a absolvição do paciente, seja pela atipicidade da conduta, seja pela desclassificação do delito, tendo em vista que a via estreita do *habeas corpus* não comporta análise de mérito do processo de conhecimento, principalmente quando a pretensão deduzida no *writ* depende de exame aprofundado das provas produzidas por ocasião da instrução criminal.

2. De fato, sem adentrar no conjunto fático-probatório, procedendo-se à valoração de cada prova colhida nos autos da ação penal, é impossível verificar se o paciente praticou ou não, conforme alega, o delito que resultou na sua condenação.

3. Ordem não conhecida. (HC 94.552/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 08.05.2008, DJe de 23.06.2008)

Com efeito, o delito de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal, se materializa quando o agente torna sua coisa de outrem, da qual tinha a posse ou detenção legítima, comportando-se como se dono fosse.

A figura da apropriação indébita exige, pois, o dolo específico consistente na vontade de tomar para si a coisa de que tem posse, ou desviá-la da finalidade para qual a recebeu, não sendo punível a título culposos.

No caso sob exame, a própria paciente admitiu que recebeu o valor dos alugueres do imóvel pertencentes a Rui Yamasaki – administrado pela imobiliária de sua responsabilidade –, utilizando tais valores para o pagamento de despesas do estabelecimento durante o período de janeiro de 2001 a agosto de 2002.

Essa ação, como bem ressaltou o Magistrado, "*se deu em razão da relação de confiança decorrente do ofício desenvolvido pela acusada, qual seja, responsável pela administração do imóvel da vítima posto para locação*" (fl. 19), sendo certo que o delito se consumou antes da lavratura do termo de acordo com o proprietário do imóvel, no qual a paciente se comprometia a quitar a dívida.

Não há falar, por conseguinte, em absolvição da paciente, seja em decorrência da caracterização da causa supralegal de exclusão da culpabilidade, consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa, por conta da grave crise financeira que enfrentava; seja pelo reconhecimento de que o acordo entre as partes afastaria a incidência do tipo penal, razão pela qual seria atípica sua conduta.

Primeiro porque, para que reste configurada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade da paciente, que não fez o repasse dos alugueres devido a problemas econômicos ou financeiros, é necessário que o julgador vislumbre a sua plausibilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cujo reexame seria inviável em sede de *habeas corpus*.

Segundo porque, é firme a orientação jurisprudencial dessa colenda Corte no sentido de que eventual composição do dano entre o agente e a vítima, ainda que antes do oferecimento da denúncia, não evidencia ausência de dolo, nem é causa de extinção da punibilidade do crime de apropriação indébita, devendo, se for o caso, incidir, na espécie, apenas a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal:

HABEAS CORPUS . APROPRIAÇÃO INDÉBITA. COMPOSIÇÃO DO DANO. IRRELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. DILAÇÃO

PROBATÓRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente pode ter lugar, quando o motivo legal invocado mostrar-se na luz da evidência, *primus ictus oculi*.

2. No crime de apropriação indébita, a reparação do dano por ato voluntário do agente, antes ou depois do recebimento da denúncia, não tem o condão de obstar a propositura da ação penal, prestando-se, apenas na primeira hipótese, a reduzir a pena eventualmente imposta ao réu.

3. Em inafastadas, de plano, a tipicidade e a materialidade delitivas, deve a questão, por indubitado, ser decidida em momento próprio, qual seja, o da sentença penal, e à luz de todos os elementos de convicção a serem colhidos no desenrolar de toda a instrução criminal, sendo, pois, de todo incabível o abortamento precipitado do feito, à moda de absolvição sumária do denunciado.

4. Ordem denegada. (HC 51.243/CE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 18.12.2006, DJ de 09.04.2007, p. 269)

Noutra vertente, ainda que fosse possível a aplicação analógica do § 2º do art. 168-A do Código Penal – determina a extinção da punibilidade quando "*o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal*"–, ou mesmo o § 3º, inciso I, do citado dispositivo legal – faculta ao juiz "*deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios*" – não há notícia, nos autos, de que a paciente tenha, até o momento, restituído qualquer valor à vítima.

Dessa forma, o que se tem é a simples assinatura de um "termo de acordo" pela paciente, o qual não elide sua responsabilidade penal.

Quanto à unificação da pena pecuniária nos moldes da pena privativa de liberdade, em virtude da continuidade delitiva, afastando-se a incidência do art. 72 do Código Penal, penso que tem razão a impetrante.

É que, segundo o entendimento firmado por essa Colenda Corte, as penas de multa, em caso de crime continuado, são calculadas sem a incidência do disposto no art. 72 do Código Penal:

PENAL – *HABEAS CORPUS* – CRIME CONTINUADO – DOIS CRIMES DA MESMA ESPÉCIE – MESMA VÍTIMA – COMETIMENTOS COM DIFERENÇA DE MAIS OU MENOS QUINZE DIAS – MESMO LOCAL-MESMA MANEIRA DE EXECUÇÃO. PENA DE MULTA QUE NÃO SE SUJEITA À REGRA DO ARTIGO 72, DO CÓDIGO PENAL – PRECEDENTES – ORDEM CONCEDIDA.

1- Configurada está a continuação delitiva entre dois crimes de roubo, cometidos contra a mesma vítima, mais ou menos numa mesma época, num mesmo local e com o mesmo modo de execução.

2- Na hipótese da aplicação da pena de multa no crime continuado, não é aplicável a regra do artigo 72, do Código Penal.

3- Ordem concedida. (HC 95.641/DF, Rel. Ministra JANE SILVA – DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG –, SEXTA TURMA, DJe 14/04/2008)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 2º, INCISO II, DO CP.

PENA. MULTA. CRIME CONTINUADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 72 DO CP.

Na linha dos precedentes desta Corte, as penas de multa, em caso de crime continuado, são calculadas sem a incidência do disposto no art. 72 do Código Penal, o qual se aplica apenas aos concursos material e formal.

Recurso especial desprovido. (REsp 905.854/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ de 03.12.2007)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO DA PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. PENA. ILEGALIDADE. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CRIME CONTINUADO. GRANDE NÚMERO DE INFRAÇÕES. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO. CABIMENTO. PENA DE MULTA. REDUÇÃO. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. **HABEAS CORPUS** DE OFÍCIO.

4. "A pena de multa, aplicada no crime continuado, escapa à norma contida no art. 72 do Código Penal." (REsp nº 68.186/DF, Relator Ministro Assis Toledo, *in* DJ 18/12/1995).

5. As penas de multa, no caso de concurso de crimes, material e formal, aplicam-se cumulativamente, diversamente do que ocorre com o crime continuado, indubitável concurso material de crimes gravado pela menor culpabilidade do agente, mas que é tratado como crime único pela lei penal vigente, como resulta da simples letra dos artigos 71 e 72 do Código Penal, à luz dos artigos 69 e 70 do mesmo diploma legal.

7. Agravo regimental parcialmente conhecido e improvido. **Habeas corpus** concedido de ofício. (AgRg no REsp 607.929/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ de 25.06.2007)

No caso em tela, o Magistrado fixou inicialmente a pena pecuniária em **10 (dez) dias-multa**, no piso legal. Presente a causa especial de aumento de pena, disposta no inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal – "*porquanto indubitável o recebimento dos valores em razão do ofício desenvolvido pela vítima (responsável pela administradora que albergava a locação do imóvel da vítima)*" (fl. 29), aumentou a multa em um terço, totalizando 13 (treze) dias-multa.

Por derradeiro, em se tratando de crime continuado, a pena pecuniária foi aplicada cumulativamente, contando-se cada uma das apropriações, o que culminou com a pena de **260 (duzentos e sessenta) dias-multa**, mantida pelo Tribunal *a quo*.

Observa-se, assim, que o Juiz, por conta da continuidade deitiva, deveria ter procedido apenas ao aumento de metade sobre a pena pecuniária – mesma fração utilizada para a privativa de liberdade – que, arredondando em favor da paciente, implica no acréscimo de mais seis diárias, ficando concretizada em 19 (dezenove) dias-multa.

Ante o exposto, **conheço em parte do habeas corpus** e, nessa extensão, **concedo parcialmente a ordem** tão-somente para redimensionar a pena de multa para 19

Superior Tribunal de Justiça

dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2008/0281381-4

HC 124398 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10316193 10676193 4232003

EM MESA

JULGADO: 14/04/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ROSEMEIRE JORGE CARLOS

ASSUNTO: Penal - Crimes contra o Patrimônio (art. 155 a 183) - Apropriação Indébita (art. 168)

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de abril de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário