

HABEAS CORPUS 262.054 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. CRISTIANO ZANIN
PACE.(S)	: CESAR ALTINO SENA CARVALHO CASAQUE
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIAO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Relator): No presente *habeas corpus*, discute-se a possível ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Há duas questões centrais para a definição do marco inicial da contagem prescricional no caso em exame. A primeira consiste na determinação da natureza do delito de inserção de dados falsos em sistema de informação, previsto no art. 313-A do Código Penal, a fim de identificar o seu momento consumativo. A segunda refere-se à análise da relevância, para o cálculo da prescrição, da posterior imputação do delito na forma de omissão imprópria (art. 13, § 2º, do CP), sob a alegação de que, após ter inserido o dado falso no sistema, o paciente não teria cumprido o dever de retirá-lo.

O delito previsto no art. 313-A proscreve a conduta de “inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano”. *In casu*, o paciente foi condenado por ter *inserido* dados falsos nos sistemas informatizados da Administração Pública, com o fim de habilitar o recebimento de benefício previdenciário por terceiro.

O verbo nuclear do tipo indica tratar-se de **crime instantâneo** (nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 5. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 38; NUCCI, Guilherme de

Souza. *Código Penal Comentado*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 1313), cuja conduta típica se configura em um momento determinado, não se exigindo que se prolongue no tempo.

A caracterização do crime permanente, por sua vez, pressupõe que a afetação típica do bem jurídico se prolongue de modo contínuo e uniforme no tempo. Partindo de critério fundado no desvalor da conduta, Raquel Scalcon e Felipe Campana ensinam que, diferentemente dos delitos instantâneos, os crimes permanentes são caracterizados pela exigência típica da manutenção de um estado proibido de afetação do bem jurídico (Crime instantâneo e crime permanente: esboço de uma proposta de distinção e limitação a partir do desvalor da conduta. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, n. 2, 2022, p. 83).

A respeito desses conceitos, esclareceu o eminentíssimo Ministro Cesar Peluso no julgamento do *Habeas Corpus* – HC 82.965/RN:

No *crime instantâneo*, o fato que, reproduzindo o tipo, consuma o delito, realiza-se num só instante e neste se esgota, podendo a situação criada prolongar-se no tempo, ou não. No *permanente*, o momento da consumação é que se prolonga por período mais ou menos dilatado, durante o qual ainda se encontra em estado de consumação (HC 82.965/RN, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, DJe 28/3/2008).

Há consenso doutrinário e jurisprudencial de que a permanência da consumação, característica dos crimes permanentes, **não se confunde com a possível continuidade dos efeitos produzidos pelos crimes instantâneos**.

Nos crimes instantâneos, a ofensa ao bem jurídico se completa em

um dado instante, ainda que, a partir desse momento, possam persistir efeitos fáticos ou jurídicos da conduta. Esses efeitos "permanentes", porém, não têm aptidão para transformar o delito instantâneo em crime permanente, pois a consumação não se renova nem se estende no tempo; apenas os resultados permanecem. Trata-se, portanto, de mera permanência de efeitos, e não de permanência do crime.

A esse respeito, explica Helena Lobo da Costa:

Para compreender esses crimes, o primeiro esclarecimento a ser feito consiste em que, no crime permanente, não são somente os efeitos da conduta que perduram no tempo. Se assim fosse, o crime de homicídio seria permanente, assim como o furto. Para deixar clara essa distinção, a doutrina destaca a categoria dos crimes instantâneos de efeitos permanentes. Essa categoria parece ter sido criada apenas para distinguir os crimes instantâneos que apresentam efeitos duradouros dos permanentes (...) (COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes instantâneos e crimes permanentes no direito penal econômico. In.: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloisa; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Direito Penal Econômico e Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 120).

No caso do art. 313-A do Código Penal, a conduta típica consiste na inserção do dado falso no sistema, ato que se aperfeiçoa no momento em que a informação é introduzida. A posterior permanência do dado no banco de dados não traduz uma continuidade do fato típico, pois não há, após a inserção, a reprodução ou manutenção da mesma conduta proibida, mas apenas a permanência de seus efeitos. Além disso, a obtenção da vantagem indevida, para si ou para outrem, constitui elemento subjetivo do tipo, não sendo exigida para a consecução da tipicidade objetiva.

Em casos similares ao presente, em que se discutiu a natureza do estelionato previdenciário por meio da inserção de dados falsos no sistema, o Supremo Tribunal Federal já entendeu se tratar de crime instantâneo de efeitos permanentes:

PREScriÇÃO - APOSENTADORIA - FRAUDE PERPETRADA - CRIME INSTANTÂNEO DE RESULTADOS PERMANENTES VERSUS CRIME PERMANENTE - DADOS FALSOS. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmudando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - artigo 111, inciso III, do Código Penal. Precedentes: *Habeas Corpus* nºs 75.053-2/SP, 79.744-0/SP e 84.998-9/RS e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma - os dois primeiros - e a Primeira Turma - os dois últimos -, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002, 16 de setembro de 2005 e 28 de novembro de 2003, respectivamente (HC 95.564/PE, Rel. Min. Cármén Lúcia, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 29/10/2009).

No mesmo sentido: HC 86.467/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 22/6/2007; HC 84.998/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 16/9/2005.

Assim, o **delito previsto no art. 313-A do CP se consuma no momento da inserção do dado falso no sistema**, sendo este o marco para o início da contagem do prazo prescricional, conforme determina o art. 111, I, do Código Penal.

No acórdão do STJ, contudo, verifica-se uma abordagem distinta quanto ao marco inicial da contagem prescricional, sustentando-se que “a prescrição da pretensão punitiva não se aplica quando o delito se prolonga por omissão penalmente relevante”.

Com efeito, no caso concreto, o Ministério Público aditou a denúncia para imputar ao paciente a prática do delito tanto na modalidade **comissiva** (inserção do dado falso em 11/10/2006, nos termos do art. 313-A do CP) quanto na **omissiva imprópria** (não exclusão do dado indevido do sistema até 31/3/2012, data em que cessou o recebimento do benefício previdenciário, com fundamento no art. 313-A, combinado com o art. 13, § 2º, ambos do CP).

É no mínimo duvidosa a possibilidade dogmática de coexistência das imputações comissiva e omissiva imprópria, da forma como colocada pelo Ministério Público.

Isso porque, uma vez provocado o resultado típico por meio de ação, consumando-se o delito, parece não haver espaço, sobre a mesma situação lesiva, para afirmar que o agente é responsável por não evitar aquilo que ele próprio já realizou diretamente. A eventual punição da omissão subsequente à ação se justificaria excepcionalmente em hipóteses de ingerência, a rigor nas quais a ação típica antecedente, que ainda não provocou o resultado, e a omissão posterior apresentassem heterogeneidade quanto ao tipo subjetivo (a respeito, ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 103). Não é essa, contudo, a situação dos autos.

De qualquer forma, a despeito do aditamento da denúncia, fato é que o paciente **não foi condenado pela prática do delito na modalidade omissiva imprópria, mas apenas na comissiva**.

Na sentença condenatória, o paciente foi condenado "nas penas do artigo 313-A do Código Penal", não havendo, no dispositivo, qualquer menção ao art. 13, § 2º, do CP, que fundamenta a responsabilidade por omissão imprópria. A única menção, na decisão, à omissão do paciente está no seguinte parágrafo:

Registro que o crime do artigo 313-A do Código Penal, de regra, é praticado de forma comissiva, podendo ser praticado na forma omissiva, excepcionalmente, nas hipóteses em que agente, na condição de garantidor, que tinha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, tomando conhecimento da inserção de dados falsos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública, alteração ou exclusão indevida de dados corretos, nada faz para impedir a prática da conduta criminosa (doc. 6, p. 129).

Como se nota, faz-se apenas menção à possibilidade abstrata de se praticar o delito comissivo por omissão, mas não se demonstra a omissão no caso concreto, nem se inclui a responsabilidade omissiva no dispositivo condenatório. O Ministério Público, por sua vez, não apelou da decisão, de modo que a inclusão posterior da responsabilidade omissiva configuraria inadmissível *reformatio in pejus*. De qualquer forma, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3 também não se refere à omissão ou ao art. 13, § 2º, do CP. Apenas em sede de embargos, faz-se alusão a esse dispositivo, alegando-se que "a conduta teria perdurado até a data da cessação do benefício previdenciário indevido".

O fundamento da omissão é retomado no acórdão do STJ, no qual se sustenta que:

[...] a pretensão de reconhecimento da prescrição da

pretensão punitiva estatal foi devidamente rechaçada por meio da aplicação do art. 13, § 2º, do CP, que regula a omissão penalmente relevante no presente caso, mormente porque a beneficiada com a fraude no recebimento indevido de benefício previdenciário foi a própria irmã do acusado, ora agravante (doc. 6, p. 484).

No entanto, como o paciente não foi condenado pela omissão, não é possível sequer considerá-la para modificar o marco inicial da contagem do prazo prescricional sem violar a proibição da *reformatio in pejus*.

Portanto, considerando: (i) ter a consumação do delito ocorrido em 11/10/2006, marco inicial da contagem da prescrição (art. 111, I, CP), e o recebimento da denúncia se dado apenas em 26/5/2017 (art. 117, I, CP), transcorridos **mais de 10 anos** entre os marcos prescricionais; (ii) ser o prazo prescricional de **8 anos**, com base na pena concretamente aplicada de 2 anos e 8 meses de reclusão (art. 109, IV, CP); e (iii) haver a consumação ocorrido antes da alteração legislativa promovida pela Lei n. 12.234/2010, que, por vedar o reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia, constitui *novatio legis in pejus* e, portanto, não pode retroagir para prejudicar o réu (art. 5º, XXXIX, da Constituição; art. 1º do CP); impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa (art. 110, § 2º, do CP — redação anterior à Lei n. 12.234/2010).

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva retroativa, extinguindo-se a punibilidade do paciente Cesar Altino Sena Carvalho Casaque (Ação Penal n. 0003058-17.2017.4.03.6104), com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal.

Atribua-se a esta decisão força de mandado/ofício.