



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.081 - SP (2010/0148660-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI

EMENTA

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e também o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

2. No caso, as instâncias ordinárias apontaram justificativa idônea para a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. De se ver que tanto a magnitude da lesão causada – em valores atualizados, aproximadamente quinhentos e sessenta mil reais – quanto a conduta reiterada dos acusados conduzem à exasperação operada.

3. Acresça-se que a elevação na primeira etapa do critério trifásico em 3 (três) meses não se mostra desarrazoada, uma vez que a pena abstratamente prevista varia entre 2 (dois) e 5 (cinco) anos de reclusão.

4. Sob pena de indevida supressão de instância, é vedado o conhecimento de matérias não apreciadas na origem.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

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, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem de **habeas corpus** e, nesta parte, a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Dr. LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA, pela parte PACIENTE: LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI.

Brasília, 10 de maio de 2011 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.081 - SP (2010/0148660-9)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Luiz Henrique Serra Mazzili, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento ao apelo defensivo ali interposto.

Segundo consta dos autos, o ora paciente foi condenado a 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e a pena pecuniária de 36 (trinta e seis) dias-multa, no valor de um salário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 168-A do Código Penal.

A sanção corporal foi substituída por multa de 50 (cinquenta) salários mínimos, a ser paga para instituição de amparo ao idoso, e prestação de serviço à comunidade, por período correspondente à metade da pena privativa de liberdade.

No presente *writ*, alega o impetrante, em resumo, que:

- a fixação da pena-base acima do mínimo legal seria excessiva, na medida em que o próprio magistrado reconheceu como favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais;

- a condição de empresário, assim como o fato de haver causado prejuízo à previdência, são elementos do tipo penal não podendo amparar a majoração da reprimenda;

- a prescrição da pretensão punitiva em relação a uma NFLD reduziu a extensão do dano alegado na condenação.

Afirma, ainda, que a confissão deve ser considerada como atenuante da pena, ressaltando que caso a pena fosse aplicada na forma que entende adequada haveria a prescrição da pretensão punitiva.

Requer a redução da pena com o consequente reconhecimento da prescrição.

Em 10.9.2010, indeferi a liminar pleiteada.

Ouvido, o Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Wagner de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Castro Mathias Neto) opinou pela denegação da ordem. Eis a ementa (fls. 507):

Habeas Corpus. Apropriação indébita previdenciária. Dosimetria da pena. Características que constituem elementos do tipo. Inocorrência. Pela denegação da ordem.

Em 4.5.2011, o impetrante protocolou petição, salientando, em resumo, o seguinte:

a) que os rendimentos atuais do paciente não comportariam o adimplemento da prestação pecuniária – R\$ 30.000,00;

b) que "o débito tributário relacionado à condenação do paciente (NFLD 31.325.111-5) foi incluído em Programa de Parcelamento – REFIS (...), o que enseja a imediata suspensão da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 68, da Lei 11.941/09" (fls. 520).

Quanto ao último ponto, diz o impetrante que seria caso de "uma interpretação ampliativa do dispositivo (...), de modo a permitir que se admita a adesão ao parcelamento e, por consequência, a suspensão da pretensão punitiva do Estado, em qualquer momento processual – inclusive quando já há condenação transitada em julgado, como é o caso dos presentes autos" (fls. 521).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.081 - SP (2010/0148660-9)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Segundo a peça acusatória – e posterior aditamento –, o ora paciente, juntamente com os corréus, teria deixado de repassar à Previdência Social contribuição referente ao período de agosto de 1991 a março de 1993.

O valor total dessas contribuições seria, em abril de 1993, de **Cr\$ 1.849.910.498,56** (um bilhão, oitocentos e quarenta e nove milhões, novecentos e dez mil, quatrocentos e noventa e oito cruzeiros e cinquenta e seis centavos), ou o equivalente a **656.522,23 UFIRs**.

Com o julgamento da apelação, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito constante na denúncia, **mantendo-se, entretanto, a imputação trazida no aditamento**. Neste, apurou-se a apropriação de contribuições sociais dos salários dos empregados (NFLD nº 31.325.111-5) avaliada em **Cr\$ 1.508.173.602,78** (um bilhão, quinhentos e oito milhões, cento e setenta e três mil, seiscentos e dois cruzeiros e setenta e oito centavos), ou o equivalente a **527.563,72 UFIRs**.

Pois bem. Ao aplicar a pena, o Magistrado singular escreveu o seguinte (e-STJ fls. 308/310):

Na primeira fase de fixação da pena, deve-se destacar que não foram registrados antecedentes criminais para os acusados e estes, ao menos consoante o material acostado aos presentes autos, não têm conduta social ou personalidade que recomendem a fixação além do mínimo legalmente previsto.

A motivação, tendo em vista a condição econômica dos acusados, empresários de relevo em nosso contexto, desbordou os limites da normalidade, revelando diminuta consideração pelos aspectos sociais da atividade empreendedora, representados, na hipótese, pela solidariedade que principia a instituição de contribuições da seguridade.

Em razão disso, com amparo no preceito secundário do art. 168-A, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos arts. 59, caput, e 49, todos do Código Penal, fixo, para cada um dos acusados, as penas-bases privativas de liberdade em 2 (dois) anos e três meses de reclusão e as pecuniárias em 30 (trinta) dias-multas, cada um deles orçado em dez salários mínimos.

Não há agravantes ou atenuantes genéricas, razão pela qual as penas provisórias têm expressões idênticas às das penas-bases, sobre as mesmas incidindo a causa especial de aumento de um quinto, na forma prevista no art. 71 do Código Penal, de modo que as penas definitivas, na conclusão do iter trifásico determinado pelo art. 68 do Código Penal, são 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime aberto, ante o disposto pelo art. 33, § 2º, c, do mesmo diploma, e ao pagamento de 36 (trinta e seis) dias-multas, cada qual deles fixado em dez salários mínimos.

.....
Tendo em vista que as penas privativas de liberdade são inferiores a quatro anos e que os acusados preenchem os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44, caput, do Código Penal, impõe-se a substituição das mesmas por duas restritivas de direitos, consoante a parte final do § 2º do mesmo artigo, que são fixadas em multa de 50 (cinquenta) salários mínimos a serem pagos a instituição de amparo a idosos carentes especificada na execução e em uma prestação de serviços, que se estenderão pelo período correspondente à metade da pena substituída, sendo desde logo os acusados advertidos para que a falta de cumprimento implicará a reversão para a pena privativa de liberdade.

No Tribunal de origem, a pena foi mantida sob estes fundamentos (e-STJ fls. 394/396):

Em sede de apelação, todos os acusados postulam a redução da pena imposta.

Não merece provimento o pleito.

Foram devidamente consideradas pelo MM. Juiz a quo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.....

.....
Os acusados embora primários e de bons antecedentes, são pessoas instruídas e com boa condição econômica e social, de quem se espera maior respeito às leis e bom exemplo à sociedade.

*No caso dos autos, **deve-se levar em consideração que o dano à Previdência é significativo.** O débito atualizado totaliza aproximadamente **R\$ 220.000,00** (duzentos e vinte mil reais), de acordo com o cálculo trazido aos autos pelo Ministério Público Federal (fl. 970).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, restou comprovado que os acusados deixaram de repassar ao INSS contribuições descontadas dos salários dos empregados por longo período (08.91 a 03.93), sem demonstrar maior preocupação social. Desta forma, embora tenha ocorrido a prescrição da pretensão punitiva relativa ao delito tratado na NFLD nº 31.525.113-1 a proporção utilizada para o aumento de pena em razão da continuidade delitiva deve ser mantida.

Assim, não merece reparo a dosimetria das penas impostas aos acusados.

Como visto, as instâncias ordinárias apontaram justificativa idônea para a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.

De se ver que a exasperação operada foi autorizada tanto pela magnitude da lesão causada – **527.563,72 UFIRs**, o que representaria **R\$ 561.380,55** em valores atuais, segundo o sítio de conversão de taxas Bradesco Cidadetran (<http://www.cidadetran.com.br/br/pop/conversor.htm>) – acesso em 4.5.2011) - quanto pela conduta reiterada dos acusados.

Acresça-se que a elevação na primeira etapa do critério trifásico em 3 (três) meses não se mostra desarrazoada, uma vez que a pena abstratamente prevista varia entre 2 (dois) e 5 (cinco) anos de reclusão.

Em casos análogos, esta Corte vem assim decidindo:

HABEAS CORPUS. ART. 168-A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. GRANDE PREJUÍZO CAUSADO AO INSS. ACRÉSCIMO NA SANÇÃO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

1. As circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal não podem levar ao aumento da pena-base. Da mesma forma, a grande quantidade de delitos praticados em continuidade delitiva, se reconhecida essa causa de aumento, não se presta a indicar a existência de circunstância judicial desfavorável, sob pena de bis in idem.

2. O fato de o paciente ter sido condenado pela prática de crimes de apropriação indébita que causaram ao INSS prejuízo no valor de mais de quatrocentos mil reais torna sua conduta mais reprovável, independentemente de quanto tempo se levou para atingir esse montante.

3. A circunstância judicial da culpabilidade, tida por desfavorável em razão da maior reprovabilidade da conduta que causou enorme prejuízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao INSS, não se confunde com o número de vezes em que os crimes foram reiterados, inexistindo ilegalidade no aumento da pena-base e no acréscimo da reprimenda em razão da continuidade delitiva, pois fundados em causas diversas.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 102.936/PE, **Sexta Turma**, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 9.11.2009)

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DE PENA-BASE. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. MONTANTE DO PREJUÍZO ELEVADO. AUMENTO DO QUANTUM ARBITRADO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. (...)

1. Não é possível conhecer da questão relativa ao quantum adicionado à pena pela sentença condenatória em razão do reconhecimento da continuidade delitiva, haja vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal a quo (Súmula 282/STF).

2. **O elevado prejuízo causado à Previdência Social resultante das contribuições indevidamente apropriadas constitui circunstância judicial desfavorável que deve ser considerada a título de conseqüências do crime para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, independentemente do reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto esse instituto de política criminal, por representar mera ficção jurídica, destinado a atenuar a retribuição penal no caso de concurso de crimes, não pode ser utilizado para mitigar a avaliação**

dos reais efeitos decorrentes da empreitada criminosa.

(REsp 1.023.443/SP, **Quinta Turma**, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 17.11.2008)

Por fim, as matérias veiculadas na petição protocolizada no último dia 4, não foram debatidas na origem, o que inviabiliza o seu conhecimento por esta Casa de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. TEMAS NÃO SUSCITADOS NA ORIGEM. ADESÃO AO REFIS POSTERIOR À DENÚNCIA. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

Havendo inovação de fundamento na tese da falta de justa causa da ação penal, bem como, acréscimo de discussão em torno da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constituição do crédito tributário, inviável o conhecimento dos temas, porquanto não o permite o obstáculo da supressão de instância.

(HC 15.390/SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24.11.2003)

Ainda que assim não o fosse, as irresignações não comportariam guarida.

A uma, porque a pretensão de redução da prestação pecuniária, fundada na alegada incapacidade econômica do paciente, transborda os estreitos limites do writ, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório.

Recentemente, esta Sexta Turma assim decidiu:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. SANÇÃO CORPORAL SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. PRETENSÃO DE DIMINUIÇÃO DOS VALORES. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA.

1. Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte, a via estreita do **habeas corpus** não se compatibiliza com a pretensão de redução da prestação pecuniária, quando a alegação versar sobre a incapacidade econômica do acusado.

2. De se ver, ainda, que o montante arbitrado pelo Magistrado singular se revela proporcional à vantagem supostamente auferida pelo ora paciente (R\$ 250.000,00).

3. Ordem não conhecida.

(HC-160.409/RJ, de minha relatoria, DJe de 27.4.2011)

A duas, porque a suspensão da pretensão punitiva, em crimes desse jaez, pode ser efetivada nas hipóteses em que o parcelamento do débito tenha sido requerido em momento **anterior** ao trânsito em julgado da sentença, consoante jurisprudência do Excelso Pretório, explicitada nestes termos:

AÇÃO PENAL. Crime tributário. Não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas aos empregados. Condenação por infração ao art. 168-A, cc. art. 71, do CP. Débito incluído no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS. Parcelamento deferido, na esfera administrativa pela autoridade competente. Fato incontestável no juízo criminal. Adesão ao Programa após o recebimento da denúncia. Trânsito em julgado ulterior da sentença condenatória. Irrelevância. Aplicação retroativa do art. 9º da lei nº 10.684/03. Norma geral e mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benéfica ao réu. Aplicação do art. 2º, § único, do CP, e art. 5º, XL, da CF. Suspensão da pretensão punitiva e da prescrição. HC deferido para esse fim. Precedentes. **No caso de crime tributário, basta, para suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, tenha o réu obtido, da autoridade competente, parcelamento administrativo do débito fiscal, ainda que após o recebimento da denúncia, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.**

(HC-85.048/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ de 1º.9.2006)

CRIME FISCAL - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO - REFIS - ARTIGO 9º DA LEI Nº 10.684/2003 - APLICAÇÃO NO TEMPO. **O artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, a versar sobre a suspensão da pretensão punitiva do Estado no caso de adesão ao Refis, aplica-se aos processos criminais pendentes, ou seja, ainda que já se tenha decisão condenatória, desde que não coberta pela preclusão na via recursal.** SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - REGÊNCIA. A regência da suspensão da pretensão punitiva faz-se sob o ângulo do princípio da unidade, do conglomeramento, descabendo aplicar a cabeça do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003 sem a observação do que previsto, no § 1º nele contido, a respeito da prescrição. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS E NÃO RECOLHIDAS - ARTIGO 9º DA LEI Nº 10.684/2003. O veto ao § 2º do artigo 5º da Lei nº 10.684/2003 é desinfluyente, para efeito da suspensão da pretensão punitiva, quando o contribuinte haja logrado, quer em período anterior à citada lei, quer no posterior, a adesão ao Refis.

(HC-85.661/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 19.12.2007)

Pelo exposto, conheço parcialmente do pedido e, nessa extensão, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.081 - SP (2010/0148660-9)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): Sr. Presidente, o paciente foi condenado a 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão em regime aberto, pena pecuniária. Depois, a sanção privativa de liberdade foi substituída por 50 (cinquenta) salários-mínimos. Sinceramente, considero que a impetração não merece atendimento, porque está, realmente, razoável, como V. Exa. demonstrou no voto.

Acompanho o voto de V. Exa., conhecendo parcialmente do pedido de habeas corpus e, nessa extensão, denegando a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.081 - SP (2010/0148660-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI

VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Sr. Presidente, inicialmente, cumprimento o ilustre advogado pelas suas palavras e penso que V. Exa. foi muito feliz e analisou profundamente a matéria. A pena é fixada um pouco acima do mínimo legal, mas há fundamentos para isso: o valor, o continuado comportamento e a conduta do paciente.

Não tenho a menor dúvida em acompanhar o voto de V. Exa., conhecendo parcialmente do pedido de **habeas corpus** e, nessa extensão, denegando a ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0148660-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 182.081 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 9401009350

9401034630

EM MESA

JULGADO: 10/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). LUIZ ANTÔNIO LOURENÇO DA SILVA, pela parte PACIENTE: LUIZ HENRIQUE SERRA MAZZILLI

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta parte, a denegou, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.