



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.972 - CE (2010/0175376-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MARCOS MACHADO FIUZA
ADVOGADO : MARCOS MACHADO FIUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
PACIENTE : LUIZ HIPÓLITO DA ROCHA

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 10., I DA LEI 8.137/90. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA EM 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO E ASSIM MANTIDA, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. REGIME INICIAL ABERTO. INADMISSIBILIDADE DE DOSIMETRAR-SE A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FUNDAMENTO EM ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STF E NO STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DO AGENTE NÃO EVIDENCIADA COM DADOS OBJETIVOS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO DO PACIENTE, DECOTAR-SE DA PENA O AUMENTO DERIVADO DA CONSIDERAÇÃO DAQUELES ELEMENTOS.

1. Todas as funções processuais penais são de inescusável relevância, especialmente a de denunciar, a de aceitar a denúncia, a de restringir prematuramente a liberdade da pessoa, a de julgar a lide penal e a de dosimetrar a sanção imposta, que exigem específico trabalho intelectual de esmerada elaboração, por não se tratar de atos burocráticos de simples ou fácil exercício, mas sim de atividade complexa, em razão de percutirem altos valores morais e culturais subjetivos a que o sistema de Direito confere incontornável proteção.

2. A jurisprudência do STJ orienta, em consonância com a doutrina jurídica mais acatada, que os elementos integrantes dos tipos penais não são prestantes para justificar a elevação da sanção para além do mínimo legal, quando o agente ostenta os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes.

3. De igual modo, não são aptos à majoração da pena-base aquelas condutas pelas quais o infrator realiza o tipo (no caso, simulação para abertura de empresa com a utilização de interpostas pessoas), ainda que possam ser visualizadas fora do estrito contexto do comportamento ilícito, mesmo que constituam eventualmente infrações autônomas.

4. Ordem de *Habeas Corpus* que se defere para, mantida a condenação do paciente, decotar-se da pena imposta a elevação quantitativa que decorreu da consideração de elementos do tipo, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília/DF, 24 de maio de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.972 - CE (2010/0175376-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MARCOS MACHADO FIUZA
ADVOGADO : MARCOS MACHADO FIUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
PACIENTE : LUIZ HIPÓLITO DA ROCHA

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUIZ HIPÓLITO DA ROCHA, condenado pela prática do delito do art. 1º, I da Lei 8.137/90, apontando como autoridade coatora o TRF da 5ª. Região, que, ao apreciar o recurso de Apelação do Ministério Público, deu-lhe parcial provimento para aumentar a pena-base imposta ao paciente (estabelecida na sentença em 2 anos de reclusão), fixando-a, em definitivo, em 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por 2 restritivas de direitos.

2. Aduz a impetração, em síntese, que foram utilizadas circunstâncias inerentes ao tipo penal para a majoração da reprimenda, o que caracteriza constrangimento ilegal por inadmissível *bis in idem*, consoante jurisprudência pacífica desta Corte.

3. Deferido o pedido de liminar para suspender os efeitos do acórdão impugnado (fls. 75/76), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República

4. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.972 - CE (2010/0175376-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MARCOS MACHADO FIUZA
ADVOGADO : MARCOS MACHADO FIUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
PACIENTE : LUIZ HIPÓLITO DA ROCHA

VOTO

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 10., I DA LEI .8137/90. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA EM 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO E ASSIM MANTIDA, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. REGIME INICIAL ABERTO. INADMISSIBILIDADE DE DOSIMETRAR-SE A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FUNDAMENTO EM ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STF E NO STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DO AGENTE NÃO EVIDENCIADA COM DADOS OBJETIVOS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO DO PACIENTE, DECOTAR-SE DA PENA O AUMENTO DERIVADO DA CONSIDERAÇÃO DAQUELES ELEMENTOS.

1. *Todas as funções processuais penais são de inescindível relevância, especialmente a de denunciar, a de aceitar a denúncia, a de restringir prematuramente a liberdade da pessoa, a de julgar a lide penal e a de dosimetrar a sanção imposta, que exigem específico trabalho intelectual de esmerada elaboração, por não se tratar de atos burocráticos de simples ou fácil exercício, mas sim de atividade complexa, em razão de percutirem altos valores morais e culturais subjetivos a que o sistema de Direito confere incontornável proteção.*

2. *A jurisprudência do STJ orienta, em consonância com a doutrina jurídica mais acatada, que os elementos integrantes dos tipos penais não são prestantes para justificar a elevação da sanção para além do mínimo legal, quando o agente ostenta os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes.*

3. *De igual modo, não são aptos à majoração da pena-base aquelas condutas pelas quais o infrator realiza o tipo (no caso, simulação para abertura de empresa com a utilização de interpostas pessoas), ainda que possam ser visualizadas fora do estrito contexto do comportamento ilícito, mesmo que constituam eventualmente infrações autônomas.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Ordem de Habeas Corpus que se defere para, mantida a condenação do paciente, decotar-se da pena imposta a elevação quantitativa que decorreu da consideração de elementos do tipo, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.*

1. A impetração insurge-se basicamente contra o aumento da pena-base pelo Tribunal *a quo*.

2. O paciente foi condenado por infração ao art. 1o., I da Lei 8.137/90, porque teria deixado de apresentar declaração de renda referente ao ano de 1995 relativa à empresa DUNAS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., embora no mesmo ano tenha declarado à Secretaria de Fazenda do Estado do Ceará uma receita bruta de R\$ 2.895.684,98 (dois milhões, oitocentos e noventa e cinco mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e noventa e oito centavos).

3. Segundo a denúncia, o réu fez constar no contrato social da empresa, na condição de sócios fundadores, pessoas humildes e pouco esclarecidas, que teriam sido induzidas a assinarem os papéis necessários, outorgando ao ora paciente procuração com poderes gerais e ilimitados para que este pudesse gerir a empresa sem contrair obrigações.

4. Ao definir a pena-base, o MM. Juiz de primeiro grau aduziu o seguinte:

A. Pena Base

01. Circunstâncias judiciais:

- culpabilidade grave;*
- antecedente: bons;*
- conduta social: sem dados;*
- personalidade do agente: sem dados;*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *motivos: interesse do réu em lesar o erário público federal, deixando de recolher os tributos e contribuições federais por ele devidos, em razão do exercício de atividades comerciais;*

- *circunstâncias do crime: graves: o réu utilizou-se de nomes de terceiros para ocultar suas atividades comerciais e furtou-se inteiramente às obrigações de apresentar declaração de rendimentos de sua empresa, e manter a correta escrituração contábil;*

- *consequências do crime: lesão a interesse público federal;*

- *comportamento da vítima: de forma alguma contribuiu para a prática do crime.*

Frente aos elementos acima aferidos, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, pena mínima prevista para o crime previsto no art. 1o., I da Lei 8.137/90. (fls. 35).

5. Ausentes agravantes ou atenuantes, a pena foi definitivamente estabelecida em 2 anos de reclusão, fixado o regime inicial aberto, substituída a reprimenda corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

6. O Ministério Público apelou, requerendo o aumento da pena, *sob o argumento de que não teria sido levado em consideração, pelo Juiz a quo, a alta culpabilidade do réu, consistente na utilização dos nomes de pessoas humildes e incautas na gerência da empresa, enquanto, na qualidade de gerentes, de fato, exerciam a atividade comercial, o que gerava uma receita milionária, sem cumprir as obrigações como Fisco, ressaltando, ainda, que o acusado ainda orientou as prefaladas pessoas para mentirem em Juízo, incitando-os a assumirem uma responsabilidade que não seria deles, fato notado pelo próprio Magistrado sentenciante (fls. 46).*

7. Aduziu, ainda, o órgão acusatório, que olvidou-se o Magistrado singular de considerar o enorme prejuízo aos cofres públicos causado pela conduta delituosa.

8. O TRF da 5a. Região, em voto capitaneado pelo ilustre Desembargador Federal GERALDO APOLIANO, acolheu a argumentação do *Parquet*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumentando a pena em 6 meses, pelos seguintes fundamentos:

Passo a apreciar a Apelação do Ministério Público Federal.

O Ministério Público Federal requereu o aumento da pena-base afirmando que não foi considerada a alta culpabilidade do Apelante e o enorme prejuízo causado aos cofres públicos, esclarecendo que a conduta delituosa, na verdade, se estendeu não apenas no ano de 1995, mas também no de 1996, causando ao Fisco um prejuízo de R\$ 3.118.196, 82 (três milhões, cento e dezoito mil, quatrocentos e noventa e seis reais e oitenta e cinco centavos), pedindo a aplicação da pena referente à continuidade delitiva da conduta, nos termos do disposto no art. 71 do Código Penal.

Efetivamente, a r. sentença, em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP fixou a pena-base no mínimo legal de dois anos de reclusão, restringindo-se a analisar apenas a culpabilidade do Apelante - fls. 794/795.

Contudo, observo que, no tocante aos requisitos previstos no art. 59 do Código Penal, que o Apelante, no que toca à culpabilidade, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, também granjeou conceito desfavorável relativamente às circunstâncias judiciais, o que autoriza a fixação da pena-base em quantum acima do mínimo legal, conforme já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça (HC 25.341/SP, T5 - Rel. Min. GILSON DIPP, DJ 22.04.2003 - p. 215).

As consequências do crime foram elevadas, porque causou ao Fisco um prejuízo no valor de R\$ 3.118.196, 82 (três milhões, cento e dezoito mil, quatrocentos e noventa e seis e oitenta e cinco centavos).

A vítima (a Fazenda Pública) em nada concorreu para o cometimento do delito.

Por outro lado, nada há nos autos que desabone a personalidade, os antecedentes, e a conduta social do Agente, não havendo indicação de que seja ele afeiçoado às práticas delituosas, salvo o ato ilícito objeto dos presentes autos.

Portanto, havendo cinco requisitos desfavoráveis dos oito previstos no art. 59 do Código Penal, circunstâncias estas desfavoráveis ao Apelante, tal conduta altamente reprovável autoriza a fixação da pena-base em 02



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, nos termos do art. 59 do Código Penal - CP.

(...).

Inaplicável, ao caso, a pena referente à continuidade delitiva. Muito embora o Agente, segundo o alegado pelo MPF na Apelação, tenha prosseguido com a conduta delituosa no exercício de 1996, a denúncia se restringe à omissão da declaração do IR do ano de 1995, sem fazer referência ao ano de 1996, e defendendo-se o Réu dos fatos descritos na denúncia, não se pode requerer o agravamento da pena com base em fatos não contidos na petição inicial (a denúncia) e do(s) qual(is) o Apelante não pôde se defender ao longo do processo.

(...).

Presentes os requisitos previstos no art. 44, I do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, com diretrizes a serem fixadas no MM. Juízo da Execução. (fls. 52/55).

9. Opostos Embargos Declaratório pelo réu, foram acolhidos, sem efeitos modificativos, ante a constatação de que houve contradição na afirmação de que o prejuízo sofrido pelo erário seria da ordem de 3 milhões de reais, cifra correspondente, na verdade, à soma dos impostos devidos nos anos de 1995 e 1996, esclarecendo o aresto então, que, no ano de 1995, objeto da denúncia, o prejuízo foi da ordem de R\$ 307,852,55 (trezentos e sete mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e cinco centavos); todavia, afirmou-se que essa quantia era considerável, e que a culpabilidade intensa do acusado e as circunstâncias do delito eram suficientes para a manutenção da pena no *quantum* fixado (2 anos e 6 meses de reclusão).

10. Tenho afirmado que todas as funções processuais penais são de inescondível relevância, mas a de denunciar, a de aceitar a denúncia, a de restringir prematuramente a liberdade da pessoa, a de julgar a lide penal e a de *dosimetrar a sanção imposta* exigem específico trabalho intelectual de esmerada elaboração, por não se tratar de atos burocráticos de simples ou fácil exercício, mas sim de atividade complexa, em razão de percutirem altos valores morais e culturais subjetivos a que o sistema de Direito confere incontornável proteção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11. Na hipótese em discussão, ao meu sentir, constata-se ilegalidade na pena imposta ao paciente. Quanto aos motivos do crime, o Tribunal Estadual não indicou nada além do que o próprio tipo espelha, repetindo nesse ponto, a sentença (interesse em lesar o erário público).

12. De igual modo, não são aptos à majoração da pena-base aquelas condutas pelas quais o infrator realiza o tipo (no caso, simulação para abertura de empresa com a utilização de interpostas pessoas), ainda que possam ser visualizadas fora do estrito contexto do comportamento ilícito, mesmo que constituam eventualmente infrações autônomas.

13. Assim, fixa-se a pena-base no mínimo legal, 2 anos de reclusão, mais 25 dias-multa, tornando-a assim definitiva em razão da ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes ou de causas de aumento ou diminuição, mantendo-se as demais cominações referentes ao regime prisional aberto e à substituição da pena privativa de liberdade.

14. Ante o exposto, concede-se a ordem para, mantida a condenação do paciente, decotar-se da pena imposta a elevação quantitativa que decorreu da consideração de elementos do tipo, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0175376-3

HC 185.972 / CE
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200281000227953

EM MESA

JULGADO: 24/05/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCOS MACHADO FIUZA
ADVOGADO : MARCOS MACHADO FIUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5A REGIÃO
PACIENTE : LUIZ HIPÓLITO DA ROCHA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.