



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.961 - SP (2017/0097663-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROBERTO ADATI
ADVOGADO : ROBERTO ADATI - SP295737
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : RENÊ GOMES DE SOUSA

EMENTA

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INTEGRAL PAGAMENTO DO DÉBITO. MATÉRIA DE ÂMBITO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA COM PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SIMPLES ADESÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME INICIAL. ALTERAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. IMPROPRIEDADE DA PRETENSÃO SE NÃO DEMONSTRADA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

1 - Se não há prova pré-constituída do integral pagamento do débito tributário, não há como determinar a extinção da punibilidade.

2 - A simples adesão a parcelamento do débito, sem demonstração efetiva da consolidação do montante a ser solvido, não rende ensejo à suspensão da pretensão punitiva. Precedentes desta Corte.

3 - Em *habeas corpus* somente se altera a dosimetria e/ou o regime inicial da pena se demonstrada ilegalidade flagrante ou teratologia, hipóteses não ocorrentes na espécie.

4 - Ordem 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: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de agosto de 2017 (Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.961 - SP (2017/0097663-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROBERTO ADATI
ADVOGADO : ROBERTO ADATI - SP295737
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : RENÊ GOMES DE SOUSA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENÊ GOMES DE SOUSA, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Apelação Criminal nº 0006621-42.2005.4.03.6103/SP).

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado à pena de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, pela prática do delito descrito no art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, sendo-lhe concedida a possibilidade de recorrer em liberdade (fls 52 a 61).

Irresignados, defesa e *Parquet* interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo, e deu provimento ao ministerial, em acórdão assim ementado (fls. 155 e 156):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINARES. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PARCELAMENTO. CONSOLIDAÇÃO. DENÚNCIA. INÉPCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTAS. ATIVIDADE INTELECTUAL. MATERIALIDADE. EXAME PERICIAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DOLO ESPECÍFICO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA DE MULTA. VALOR UNITÁRIO DO DIA-MULTA.

1. O simples requerimento de adesão do contribuinte ao programa de parcelamento não impõe a imediata suspensão da pretensão punitiva estatal, pois, consoante o disposto no artigo 68 da Lei n. 11.941/09, tal benefício está adstrito aos débitos quanto aos quais a Fazenda Pública houver efetivamente concedido o parcelamento e que tenham relação com a ação penal em curso. É necessária a consolidação do débito para ensejar a suspensão da pretensão punitiva (STJ, AgRg no REsp 1247327, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 10.11.16; AgRg no AREsp 815.126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16.08.16; REsp 1235534, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24.11.15).

2. Para não ser considerada inepta, a denúncia deve descrever de forma clara e suficiente a conduta delituosa, apontando as circunstâncias necessárias à configuração do delito, a materialidade delitiva e os indícios de autoria, viabilizando ao acusado o exercício da ampla defesa, propiciando-lhe o conhecimento da acusação que sobre ele recai, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como, qual a medida de sua participação na prática criminosa, atendendo ao disposto no art. 41, do Código de Processo Penal (STF, HC n. 90.479, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07.08.07; STF, HC n. 89.433, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 26.09.06 e STJ, 5ª Turma - HC n. 55.770, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17.11.05).

3. Em crimes cuja conduta é predominantemente intelectual, não há de se exigir minudente descrição das condições de tempo e espaço em que a ação se realizou. Por isso, é prescindível, nesses casos, a descrição individualizada da participação dos agentes envolvidos no fato (STF, HC n. 130282, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.10.15; AgR no HC n. 126022, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30.06.15).

4. É prescindível o exame pericial, quando, em razão das peculiaridades do caso, for possível atestar a ocorrência do delito por outros elementos. Precedentes.

5. Resta pacificado nos Tribunais Superiores o entendimento de que o delito tipificado no art. 168-A do Código Penal é de natureza material, uma vez que para sua consumação exige-se a efetiva frustração à arrecadação da Seguridade Social, razão pela qual é exigível o encerramento do procedimento administrativo (STF, Tribunal Pleno, Inq n. 2.537 AgR-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 28.08.08; STJ, RHC n. 36.704/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 18.02.16; 6ª Turma, HC n. 186.200, Rel. Min. Og Fernandes, j. 14.05.13). Também é nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, Ação Penal n. 0000767-76.2005.4.03.6003, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 10.07.13; 1ª Seção, unânime, EIFNU n. 0003559-56.2003.4.03.6105, Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro, j. 04.08.16).

6. O delito de apropriação de contribuições previdenciárias não exige *animus rem sibi habendi* para sua caracterização. O fato sancionado penalmente consiste em deixar de recolher as contribuições, vale dizer, uma omissão ou inação, sendo delito omissivo próprio, que se configura pela abstenção de praticar a conduta exigível. Não exige, portanto, que o agente queira ficar com o dinheiro de que tem a posse para si mesmo, invertendo o ânimo da detenção do numerário. Configura-se o delito com a mera omissão no recolhimento (STF, RHC n. 86.072-SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 16.08.05; STJ, REsp n. 811.423-ES, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06.06.06).

7. A mera existência de dificuldades financeiras, as quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura *ipso facto* causa suprallegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de não-repasse de contribuições previdenciárias. O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não-repasse das contribuições (TRF da 3ª Região, ACr n. 98030965085, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 14.09.04; ACr n. 200203990354034, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 26.06.07; ACr n. 20056118007918, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 15.09.08; ACr n. 199961810073570, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 25.07.05; ACr n. 200203990386734, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 06.11.07).

8. Nos delitos de apropriação indébita previdenciária, o valor total da quantia objeto da ação delitiva, na medida em que for vultosa, enseja a exasperação da pena-base, a título de consequências do delito. No caso, o débito de R\$ 2.496.514,59 (dois milhões, quatrocentos e noventa e seis mil, quinhentos e quatorze reais e cinquenta e nove centavos) (fl. 903) é bastante expressivo e justifica maior recrudescimento da pena-base que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adotado na sentença, sob esse fundamento.

9. Mantenho a majoração das penas em 1/5 (um quinto) pela continuidade delitiva, mesma proporção estabelecida na sentença, tendo em vista que a prática delitiva se deu, ininterruptamente, no período de julho de 2003 a março de 2005, observadas, também, as mesmas condições de lugar e maneira de execução.

10. Inviável a exclusão da pena de multa que decorre do preceito secundário da norma penal incriminadora aplicada ao caso.

11. Mantenho o valor do dia-multa em 1 (um) salário mínimo vigente à data do fato, tal como fixado na sentença, com correção monetária, por considerar compatível com a situação econômica do acusado, que, ao ser interrogado em Juízo, declarou auferir R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) mensais (fl. 771 e média à fl. 773).

12. Recurso de apelação da defesa desprovido. Recurso de apelação da acusação provido.

No presente *mandamus*, o impetrante alega estar extinta a punibilidade do paciente relativa à Ação Penal nº 0006621-42.2005.4.03.6103 tendo em vista que "inexiste justa causa para que seja decretada a privação de liberdade do paciente, primeiro por conta do parcelamento realizado e aceito pela PGFN, segundo porque o crédito tributário relacionado à Ação Penal encontra-se devidamente liquidado sem que tenha ocorrido a correta imputação do crédito ao débito" (fl. 6).

Sustenta que "ao contrário do entendimento esposado pelo I. Desembargador Relator, não estamos diante de simples requerimento de parcelamento sem o devido aceite do fisco, e sim de pedido de suspensão da exigibilidade formulado pela própria PGFN. Desta forma, diante do flagrante ato coator perpetrado pelo I. Desembargador Relator da apelação, medida de rigor seja concedida a ordem pleiteada para decretar a suspensão da pretensão punitiva estatal enquanto os débitos relacionados à ação penal em comento estiverem com a exigibilidade suspensa" (fl. 8).

Afirma que "não obstante o paciente tenha celebrado o parcelamento do crédito tributário relacionado à ação penal em comento, temos que os valores arrecadados pela administração judicial (mais de R\$ 200.000.000,00), ainda estão em fase de imputação dos créditos aos respectivos débitos, seguindo-se a ordem de imputação estabelecida pelo artigo 163 do CTN, com exceção das verbas trabalhistas e de FGTS que foram liquidadas com prioridade entre 2009 e 2010, no início da intervenção" (fl. 8).

Aduz que "se o paciente perdeu todo seu patrimônio empresarial e pessoal avaliado em mais de R\$ 200.000.000,00, (ativos mais faturamento) para quitação de absolutamente todas as verbas relacionadas aos empregados, em especial o FGTS e INSS, sendo que inclusive houve "sobra de caixa" por onde o administrador judicial pretende sejam quitadas os débitos de PIS, COFINS, CSLL e IRPJ (que não tem preferência sobre o INSS), comprova-se patentemente que houve arrecadação suficiente para liquidar todas as verbas trabalhistas e sociais, inclusive o INSS relacionado à Ação Penal em tela" (fl. 15).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, pede (fl. 19):

"a) Conceder liminarmente *inaudita altera parts*, ordem de *Habeas Corpus* para determinar a extinção da punibilidade do paciente com relação ao crime de apropriação indébita previdenciária previsto no artigo 168-A do Código Penal, tendo em vista a liquidação da integralidade dos débitos de INSS retidos na fonte e não repassados ao fisco por intermédio da administração judicial decretada pela Justiça Trabalhista.

b) Alternativamente, seja decretada a suspensão da pretensão punitiva estatal, e por consequência, da Ação Penal n. 0006621-42.2005.4.03.6103, em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário reconhecida pela PGFN, salientando que durante a suspensão do processo, o paciente adotará todas as medidas junto à PGFN para que o crédito arrecadado pela intervenção judicial seja devidamente imputado aos débitos de INSS, inclusive o débito relacionado à Ação Penal em comento.

c) No caso de improcedência dos pedidos de extinção ou suspensão da Ação Penal, seja diminuída a pena em seu patamar mínimo, bem como, seja convertido o regime inicial semiaberto decretado em sentença para o regime aberto.

d) Seja ao final, concedida em definitivo a ordem de *habeas corpus* para decretar a extinção da punibilidade e por consequência dos autos da Ação Penal n. 0006621-42.2005.4.03.6103"

Indeferida a liminar (fls. 281/285) e prestadas informações (fls. 289/370), opina o Ministério Público Federal (fls. 406/410) pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.961 - SP (2017/0097663-9)

EMENTA

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INTEGRAL PAGAMENTO DO DÉBITO. MATÉRIA DE ÂMBITO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA COM PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SIMPLES ADESÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME INICIAL. ALTERAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. IMPROPRIEDADE DA PRETENSÃO SE NÃO DEMONSTRADA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

1 - Se não há prova pré-constituída do integral pagamento do débito tributário, não há como determinar a extinção da punibilidade.

2 - A simples adesão a parcelamento do débito, sem demonstração efetiva da consolidação do montante a ser solvido, não rende ensejo à suspensão da pretensão punitiva. Precedentes desta Corte.

3 - Em *habeas corpus* somente se altera a dosimetria e/ou o regime inicial da pena se demonstrada ilegalidade flagrante ou teratologia, hipóteses não ocorrentes na espécie.

4 - Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A pretensão, de início, como visto, é no sentido de declarar extinta a punibilidade, porque já teria sido integralmente quitado o débito tributário referenciado na denúncia (NFLD nº 35.460.096-6).

Nada obstante, não há prova pré-constituída nos autos que possa fazer concluir, extreme de qualquer dúvida, ter sido solvida a dívida.

A afirmação da defesa, no sentido de que resta apenas o pagamento de PIS, COFINS, CSLL e IRPJ (que não têm preferência sobre o INSS), é apenas ilação decorrente do que apurado na intervenção judicial na Empresa de Ônibus São Bento Ltda. que não têm, *data venia*, demonstração cabal e segura nos documentos juntados aos presentes autos, até porque é uma análise muito específica e de feições complexas, não apurável pela simples leitura das cópias de que se tem notícia neste processo.

Há de ser realizada uma profunda e percuciente incursão fático-probatória para se chegar ao ponto que alvitra a defesa e que, por isso mesmo, não condiz com a via eleita, restrita e mandamental, por excelência.

De igual modo, não há razão para a suspensão da pretensão punitiva, não somente pelo que já expendido, mas também porque há notícia nos autos (fl. 141) de mera adesão da empresa executada ao parcelamento do débito, o que, por si só, não é suficiente, se não existe consolidação firmemente demonstrada.

É o entendimento desta Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI N. 8.137/90. DÉBITO NÃO CONSOLIDADO. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. O simples requerimento de adesão do contribuinte ao programa de parcelamento não impõe a imediata suspensão da pretensão punitiva estatal, pois, consoante o disposto no artigo 68 da Lei n. 11.941/09, tal benefício está adstrito aos débitos quanto aos quais a Fazenda Pública houver efetivamente concedido o parcelamento e que tenham relação com a ação penal em curso.

2. Não tendo havido comprovação do deferimento do pedido de parcelamento pela autoridade fazendária, uma vez que não houve a consolidação do débito, mostra-se prematura a suspensão da persecução penal.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1247327/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTE. ART. 68 DA LEI N. 11.941/2009. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NECESSIDADE DE CONSOLIDAÇÃO DO CRÉDITO. PRECEDENTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NECESSIDADE DE CONSOLIDAÇÃO DO CRÉDITO. PRECEDENTE.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 815.126/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 01/09/2016)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 1º DA LEI N. 8.137/1990. PARCELAMENTO. ADESÃO. LEI N. 11.941/2009. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (ART. 68 LEI N. 11.941/2009). PARCELAMENTO. CONSOLIDAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO DOS DÉBITOS. NECESSIDADE. NATUREZA DECLARATÓRIA. EFEITO RETROATIVO.

1. A discussão acerca da constitucionalidade da norma apontada como violada refoge aos limites do recurso especial, destinado ao debate de questões afetas à interpretação do direito infraconstitucional.

2. Nos termos do art. 68 da Lei n. 11.941/2009, o simples pedido de parcelamento dos débitos efetuado pela empresa devedora não autoriza a suspensão judicial do processo e do prazo prescricional, que somente poderá ser efetivada após a sua consolidação, com a devida identificação dos débitos nele incluídos, mesmo porque, sem esse procedimento, é inviável saber se os débitos parcelados dizem respeito à ação penal que se pretende sobrestar.

3. A decisão que determina a suspensão terá natureza meramente declaratória, retroagindo à data em que formulado o pedido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcelamento pelo devedor, uma vez que o acusado não pode ser prejudicado em razão do tempo utilizado na análise do seu pleito de parcelamento pela Administração tributária ou na apreciação do pedido de suspensão pelo Poder Judiciário 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 1235534/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 17/12/2015)

Por fim, o pedido alternativo é de diminuição da pena ao mínimo legal e alteração do regime semiaberto para o aberto.

Eis o que consta da dosimetria (fls. 59/61):

Não havendo causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, acolhe-se a acusação feita ao crime de apropriação indébita previdenciária.

3. Dosimetria da Pena.

Acolho o pedido do Parquet Federal formulado em face do acusado RENÉ GOMES DE SOUZA, e passo a dosar a pena a ser-lhe aplicada, em estrita observância ao disposto no artigo 68, *caput*, do Código Penal. Analisadas as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do CP, denoto que **o réu agiu com culpabilidade reprovável**, porquanto se trata de grande empresário, com participação no quadro social de diversas sociedades empresárias que se dedicam a mesma atividade econômica, ostentando, conjuntamente, as qualidades de sócio majoritário e diretor; com nível cultural e de formação que demonstram o alto grau da consciência da ilicitude e a vontade de praticar, reiteradamente, a conduta proibida tipificada no art. 168-A do Código Penal. Há registros sobre a existência de diversos processos crimes em nome do acusado, pela prática de distintos delitos, no entanto, ausente qualquer registro de sentença penal condenatória definitiva, impede-se a valoração da circunstância como maus antecedentes, em obediência ao princípio constitucional estampado no art. 5º, inciso LVII, da CR/88 e à Súmula 444 do STJ. Poucos elementos foram coletados a respeito da conduta social do réu, razão pela qual deixo de valorá-la. Quanto à personalidade do agente, conquanto tenha diversas ações penais em curso, cujos objetos assemelham-se ao crime tipificado na denúncia, deixo de valorá-la negativamente, haja vista o entendimento firmado no enunciado da Súmula nº 444 do STJ. O motivo do crime se constitui pela busca indevida e fácil de vantagem econômica em detrimento à integridade da Seguridade Social e da ordem tributária, o que já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito. **As circunstâncias do crime devem ser valoradas negativamente**, uma vez que o réu, para consumir os crimes de apropriação indébita previdenciária, valeu-se de estratégias elaboradas para dificultar a fiscalização fazendária, consistentes em constituição de sociedades empresárias, cujos objetos sociais eram idênticos ou bastante similares (exploração de transporte coletivo de passageiros em ônibus, microônibus, automóveis, veículos automotores de uso rodoviário em geral); cessão de cotas sociais para outras empresas, nas quais ostentava a qualidade de diretor e administrador; e sucessivas alterações de contratos sociais; com a nítida intenção de conferir aparência de legalidade aos negócios jurídicos simulados e, sob nova roupagem jurídica, ocultar a sua real intenção de direção dos negócios sociais e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade econômica. O réu também se valeu de mandatário com o nítido intuito de embaralhar a fiscalização tributária e de se eximir da responsabilidade penal. **As consequências do crime devem ser valoradas negativamente**, pois, conquanto o dano causado à Seguridade Social - o que nela se inclui toda a coletividade - seja ínsito à própria objetividade jurídica da figura típica inserta no art. 168-A do Código Penal, o valor global do tributo omitido e não repassado à Seguridade Social é considerável, tendo a Procuradoria da Fazenda Nacional informado que o débito atualizado para novembro de 2014 perfazia o montante de R\$ 2.496.514,59, o que gera grave dano ao equilíbrio econômico, financeiro e atuarial do sistema previdenciário, bem como coloca a sociedade empresária administrada pelo acusado em situação de vantagem perante os demais agentes econômicos (pessoas jurídicas de direito privado) que atuam no mesmo ramo de atividade econômica. Por fim, quanto ao comportamento da vítima, nada se tem a valorar, eis que se trata de crime contra a coletividade, compreendendo a Seguridade Social e a Administração Tributária. No que tange à situação econômica do réu, denoto ser considerável, uma vez que os contratos sociais e suas alterações juntados aos autos fazem prova da elevada capacidade econômica do acusado que era titular de diversas cotas sociais de sociedades empresárias distintas. À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena-base acima do mínimo legal, qual seja, 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, cada um no equivalente a um salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observado o disposto pelo art. 60 do CP. Não concorreram circunstâncias atenuantes ou agravantes, nem mesmo causas de diminuição ou de aumento de pena a serem observadas. Por outro lado, estando presente a regra estatuída pelo art. 71 do Código Penal (crime continuado), frente a existência de crimes idênticos em competências tributárias distintas (julho de 2003 a março de 2005, incluindo-se os décimos terceiros salários pagos aos segurados empregados da empresa São Bento Ltda. nos anos de 2003 e 2004), e consoante entendimento acima exposto, aplico a causa de aumento de 1/5 (um quinto), razão pela qual fica o réu definitivamente condenado a pena de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, este em observância a própria regra de exasperação adotada pela continuidade, ante a inaplicabilidade ao caso do disposto no art. 72 do CP (STF RE 90634-7; STJ HC 95641/DF; STJ REsp 905854; Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp 607929/PR). Com fundamento no art. 33, 2º e 3º, do Código Penal, e tendo em vista as circunstâncias judiciais concretas do fato, mormente a "culpabilidade", as "circunstâncias do crime" e as "consequências do crime" que lhes são desfavoráveis, o que implicou a fixação da pena-base acima do mínimo legal previsto em abstrato, cabível infligir regime prisional mais gravoso, devendo o réu cumprir a pena, inicialmente, em regime semiaberto. Por sua vez, a despeito de ser a pena privativa de liberdade aplicada inferior a quatro anos, tendo em vista serem as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, deixo de conceder ao réu os benefícios estabelecidos nos arts. 44 e 77 do Código Penal.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, e por tudo mais que consta dos autos, julgo PROCEDENTE o pedido formulado pelo Ministério Público Federal na denúncia para, com fundamento no art. 387 do CPP, condenar o acusado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RENÊ GOMES DE SOUZA, já devidamente qualificado nos autos, como incurso nas sanções previstas no artigo 168-A, §1º, inciso I, c/c art. 71 (continuidade delitiva), ambos do Código Penal, aplicando-lhe a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, sendo cada dia-multa equivalente a um salário mínimo vigente na data dos fatos, a ser atualizado monetariamente até sua satisfação. Como já anteriormente fundamentado, deixo de substituir a pena privativa de liberdade aplicada por restritivas de direitos, bem como de conceder a suspensão condicional da pena, eis que ausente os requisitos subjetivos previstos nos arts. 44 e 77 do Código Penal. Concedo ao réu o direito de recorrer em liberdade, ante a ausência dos pressupostos autorizadores de segregação cautelar. Por derradeiro, condeno o réu ao pagamento das custas processuais.

Consoante se depreende da leitura do excerto transcrito, encontra-se a dosimetria bem fundamentada, elegendo o magistrado como desfavoráveis a culpabilidade, as circunstâncias do crime e suas consequências, com expressa referência a aspectos e características do caso concreto, de modo que não há nada a alterar, tampouco no regime inicial da pena que, mais gravoso (semiaberto), arrima-se, de igual modo, nas circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Em sede de *habeas corpus* não se altera a reprimenda e nem o regime, desde que devidamente fundamentados, sob pena de revolvimento fático-probatório.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REGIME MAIS GRAVOSO. SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CORRÉU REINCIDENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Apresentada fundamentação concreta para recrudescimento do regime prisional, consistente nas circunstâncias judiciais desfavoráveis além de um dos réus se tratar de reincidente, não há ilegalidade a ser sanada pela via do *habeas corpus*. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 379.393/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o bis in idem. Precedentes.

4. Quanto ao meio de desconto da sanção corporal, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu.

5. Writ não conhecido.

(HC 373.327/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe da seguinte ementa:

DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. **Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas.** Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0097663-9

HC 397.961 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00066214220054036103 1904902005 200561030066218 66214220054036103

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROBERTO ADATI
ADVOGADO : ROBERTO ADATI - SP295737
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : RENÊ GOMES DE SOUSA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.