

29/09/98

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.978-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA  
PACIENTE: SERGIO CANOZZI  
IMPETRANTE: NEI SOARES DE OLIVEIRA  
ADVOGADO: FERNANDO FRAGOSO  
COATOR: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

**EMENTA:** HABEAS-CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA PRATICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA: NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DESCONTADA DE EMPREGADOS. ALEGAÇÕES DE: EXCLUSÃO DA ILICITUDE POR INEXISTÊNCIA DE DOLO; EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PARCELAMENTO DO DÉBITO; INEXISTÊNCIA DE MORA POR VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA, PORQUE DIRIGIDA À PESSOA JURÍDICA; ATIPICIDADE DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA; E DE APLICAÇÃO DA LEX GRAVIOR EM DETRIMENTO DA LEX MITIOR; ULTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL QUANDO, APÓS O INÍCIO DE CRIME CONTINUADO, SOBREVEM LEI MAIS SEVERA.

1. Dolo genérico caracterizado: alegação de inexistência de recursos financeiros não comprovada suficientemente no processo-crime.

2. A punibilidade é extinta quando o agente promove o pagamento **integral** do débito **antes** do recebimento da denúncia, o que não ocorre enquanto não solvida a última prestação de pagamento parcelado, possibilitando, neste período, o recebimento da denúncia. Precedentes.

3. Improcedência da alegação de irregularidade da notificação expedida em nome da pessoa jurídica: há comprovação de que a correspondência foi entregue e de que o paciente dela teve ciência, sendo, assim, constituído em mora.

4. Alegação improcedente de atipicidade do delito de apropriação indébita (*crime de resultado*), porque o paciente foi condenado por crime contra a ordem tributária: não recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados, que é *crime omissivo puro*, infração de simples conduta, cujo comportamento não traduz simples lesão patrimonial, mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade; o tipo penal tutela a subsistência financeira da previdência social. Inexistência de responsabilidade objetiva.

5. Direito intertemporal: ultra-atividade da lei penal quando, após o início do crime continuado, sobrevem lei mais severa.



HABEAS CORPUS N. 76.978-1 RIO GRANDE DO SUL

5.1 **Crime continuado** (CP, artigo 71, caput): delitos praticados entre março de 1991 e dezembro de 1992, de forma que estas 22 (vinte e duas) condutas devem ser consideradas, por ficção do legislador, como **um único crime**, iniciado, portanto, na vigência de *lex mitior* (artigo 2º, II, da Lei nº 8.137, de 27.12.90) e findo na vigência de *lex gravior* (artigo 95, d e § 1º, da Lei nº 8.212, de 24.07.91).

5.2 **Conflito de leis no tempo** que se resolve mediante opção por uma de duas expectativas possíveis: **retroatividade** da *lex gravior* ou **ultra-atividade** da *lex mitior*, vez que não se pode cogitar da aplicação de duas penas diferentes, uma para cada período em que um mesmo e único crime foi praticado.

Orientação jurisprudencial do Tribunal no sentido da aplicação da *lex gravior*.

Ressalva do ponto de vista do Relator, segundo o qual, para o caso de crime praticado em continuidade delitiva, em cujo lapso temporal sobreveio lei mais severa, deveria ser aplicada a lei anterior - *lex mitior* - reconhecendo-se a sua *ultra-atividade* por uma singela razão: **a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu** (Constituição, artigo 5º, XL).

6. *Habeas-corpus* conhecido, mas indeferido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o *habeas-corpus*.

Brasília, 29 de setembro de 1998.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE

MAURÍCIO CORRÊA - RELATOR

26/05/98

SEGUNDA TURMA

62

HABEAS CORPUS N. 76.978-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA  
PACIENTE: SERGIO CANOZZI  
IMPETRANTE: NEI SOARES DE OLIVEIRA  
COATOR: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: Trata-se de habeas-corpus em que o impetrante afirma que o paciente está sofrendo coação ilegal por ato da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região/RS, praticado ao negar provimento à apelação interposta contra a sentença da Juíza Federal da 3ª Vara Criminal de Porto Alegre, que o condenou às penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e de 28 diárias, como incurso nas sanções do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 (março-junho/91) e do art. 95, d, da Lei nº 8.212/91 (julho/91-dez/92), ou seja, apropriação indébita porque na qualidade de responsável pela empresa Gestion Consultoria Empresarial, descontou do salário de seus empregados importâncias relativas à contribuição previdenciária e não as recolheu aos cofres públicos nos prazos legais; na apelação alegou inexistência de dolo e dificuldades financeiras.

Alega que houve condenação por crime impossível, tendo ocorrido confusão entre dificuldade financeira e dolo, porque não se pode falar em apropriação indébita de numerário do qual nunca teve a posse; aduz que houve utilização da ficção administrativa de crime presumido, pois era o caso de execução fiscal, acrescentando que a Constituição não permite prisão por dívida; impugna as notificações e intimações expedidas porque endereçadas à pessoa jurídica e não à

pessoa física responsável pela empresa, impossibilitando que fosse constituído em mora para tornar o crédito exigível; alega, também, que requereu parcelamento do débito e, finalmente, que o primeiro delito ocorreu em março de 1991, quando vigia a Lei n° 8.137/90, mais branda do que a Lei n° 8.112/91.

Pede a cassação do acórdão impugnado divisando a ausência dos pressupostos regulares para a instauração da ação penal, por estar fundada em dívida não exigível, tendo em vista a falta de notificação do devedor para a sua constituição em mora (fls. 1/12). Junta documentos (fls. 13/320).

2. Indeferi o pedido de medida liminar (fls. 324/325).

3. Vêm aos autos as informações prestadas pela Juíza Presidente do Tribunal coator (fls. 329/331), acompanhadas de documentos (fls. 332/338).

4. Manifesta-se o Ministério Público Federal pelo Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, opinando pelo deferimento parcial da ordem, a fim de que seja anulada a sentença na parte em que optou pela incidência da *lex gravior* (Lei n° 8.212/91) para todo o período em que os atos foram praticados, em parecer assim ementado, *in verbis* (fls. 340):

"1. O delito tipificado no art. 2º, II, da Lei n° 8.137/90, é omissivo puro: considerações.

2. Cuidando-se de delito continuado, que se constituiu em um só crime, ainda que por fictio iuris, há ultra-atividade da lei mais benigna: considerações.

3. Pedido deferido em parte."

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (Relator): Senhor Presidente, adoto como fundamento do meu voto o brilhante parecer da Subprocuradoria-Geral da República, *in verbis* (fls. 340/350):

8. No tocante ao mérito, é de se observar que o paciente não nega, em momento algum, a materialidade do delito, inequivocadamente provada pelos documentos acostados aos autos, contudo, **vislumbra a exclusão da ilicitude**, já que a empresa, à época, não dispunha de recursos financeiros para o recolhimento das contribuições previdenciárias e, portanto, sendo escassos os recursos optou por pagar os salários e fornecedores. Deste modo, argumenta **não ter havido dolo para sustentar a existência de conduta típica punível**.

9. Ora, sobre este ponto só seria possível a exclusão do crime diante de prova contundente de que a empresa não dispunha de recurso algum para o recolhimento de contribuições previdenciárias, o que, por via de consequência, caberia ao acusado demonstrar o total estado de inanição da empresa, sua absoluta insuficiência de caixa, provando que o aperto nas finanças foi a causa da inadimplência, mas isto não fez. Daí as seguintes e precisas considerações do MM. Juiz Federal ao relatar seu voto de fls. 334/338, verbis:

"Nesse campo, resume-se a controvérsia à prova e à responsabilidade de sua produção. A regra geral é a de que cabe o ônus a quem alega (art. 156, CPP) e especialmente para o réu quando opõe alguma causa excludente do ilícito ou da culpa. Salvo engano, cabe ao denunciado, então, provar que as dificuldades financeiras decorrentes do malogro dos planos econômicos ou do simples insucesso do desempenho das atividades comerciais e industriais, impediram o recolhimento. Nesse sentido, o Tribunal tem assentado precedentes pelos quais não pode o contribuinte, sem razões objetivamente provadas, deixar de recolher as contribuições que reconhece devidas em prejuízo da receita pública - recursos de interesse comum, portanto - para atender fornecedores ou outros encargos. Nessa eventualidade, caberá

recorrer ao sistema bancário regular para o suprimento de recursos ou à falência, na impossibilidade, não porém à omissão do recolhimento, nem mesmo ao pretexto, aliás infundado, de que é melhor preservar o negócio e os empregos que pagar os tributos, posto que estes têm por si a própria e essencial natureza do interesse e finalidade públicas que não pode ser desprivilegiada. Nessa linha, penso, só exclui o crime a prova completa, objetivamente considerada, de que a empresa não dispunha de recurso algum para o recolhimento, tanto como só exclui a culpabilidade a demonstração, igualmente objetiva e fundamentada de que os recursos existentes em quantidade insuficientes por razões objetivas atenderiam apenas os salários e a manutenção do empreendimento e na hipótese de a interrupção deste redundar em prejuízo objetivo ao interesse social em maior grau. Fora daí, não há causa válida de exclusão alguma."

10. Conforme se vê, as provas trazidas aos autos não foram suficientes para respaldar as dificuldades financeiras pretendidas, e no mais, meras dificuldades não poderiam justificar a conduta desfavorável à lei, de forma a não recolher à Previdência Social os recursos que lhe pertencem.

11. É de se destacar trecho extraído da decisão singular de fls. 227/239, que bem apreciou a questão ora em análise, verbis:

"É, pois, de concluir-se que o réu obrou com dolo genérico exigido para o delito: a vontade livre e consciente de praticar a conduta de não recolher, no prazo legal, as contribuições previdenciárias descontadas da remuneração dos empregados, reiteradamente, durante vinte e dois meses, sem qualquer tentativa de composição com a Previdência" (v: fls. 236)

12. De ressaltar-se que a empresa fiscalizada não pagou o débito, nem tampouco providenciou o parcelamento da dívida, só postulando tal benefício recentemente, como descrito na presente impetração (v: fls.11). Entretanto, esta Suprema Corte tem se posicionado no sentido de que a punibilidade apenas será declarada extinta quando o agente promover o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia. De se ler, verbis:

"**Ementa:** Inquérito. A ocorrência do fato imputado ao indiciado se deu quando estava em vigor o artigo 14 da Lei 8.137/90. Interpretação desse dispositivo legal.

Se o artigo 14 da Lei 8.137/90 exige, para a extinção da punibilidade, o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia, essa extinção só poderá ser decretada se o débito em causa for integralmente extinto pela sua satisfação, o que não ocorre antes de solvida a última parcela do pagamento fracionado. Assim, enquanto não extinto integralmente o débito pelo seu pagamento, não ocorre a causa de extinção da punibilidade em exame, podendo, portanto, se for o caso, ser recebida a denúncia.

Não decretação da extinção da punibilidade."(INQO n° 1028, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.08.96, p. 30.606)

"**Ementa:** Penal. Processual Penal. 'HABEAS CORPUS', não recolhimento de contribuições previdenciárias. Pagamento do débito antes do recebimento da denúncia. Aplicação do art. 34 da Lei 9.249/95. Extinção da punibilidade. Trancamento da ação penal. 'Habeas corpus': concessão de ofício. Leis 8.137/90, 8.212/91, 8.383/91 e 9.249/95.

I. Aplicação do art. 34 da Lei 9.249/95, que determina a extinção da punibilidade dos crimes definidos na lei 8.137/90, quando o agente promoveu o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia.

II. HC concedido de ofício." (HC n° 73.418, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.04.96, p. 13.116)

13. Quanto ao fato de ter sido notificada a pessoa jurídica e não o paciente responsável pela empresa, nota-se, que a sentença condenatória corretamente asseverou que: "É verdade que as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito não foram assinadas pelo réu. Contudo, provou-se que foram encaminhadas à empresa mediante aviso postal de recebimento. Por outro lado, o acusado revela que teve ciência da fiscalização e das Notificações lavradas (v: fls. 232)".

14. Assim, não procede a alegação de que por não ter sido notificado pessoalmente não poderia ter sido constituído em



mora, eis que demonstrou ter conhecimento da Fiscalização e Notificações lavradas.

15. Também, no que diz respeito a impossibilidade de ser configurado o delito de apropriação indébita, vê-se não assistir razão ao impetrante, pois, o que se nota é que o crime atribuído ao acusado é o previsto nos arts. 2º, inc. II, da Lei 8.137/90 e 95, d, da Lei 8.212/91, em continuidade delitiva, isto é, crime contra a ordem tributária e não o de apropriação indébita, como deseja acreditar.

16. É do ilustre doutrinador Aristides Junqueira que se extrai a seguinte passagem, que bem se aplica para o esclarecimento da matéria posta em destaque:

"a falta de recolhimento de tributos e de contribuição social, na época fixada em lei, descontados ou cobrados na qualidade de sujeito passivo de obrigação não mais pode ser equiparada a crime de apropriação indébita, já que a Lei 8.137/90, em seu art. 2º, II, definiu-a como crime contra a ordem tributária. Tratando-se de norma especial em cotejo com a norma geral do Código Penal, há de prevalecer aquela que define, especificadamente, como crime contra a ordem tributária o que, genericamente, era, antes, capitulável como crime de apropriação indébita."

17. No tocante à pretensão de ver aplicada na espécie a lei mais favorável, por se tratar de delitos continuados, onde incidiram duas leis distintas, a saber: a)- no período 03/91 a 06/91, a prática do crime de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/90; b)- em relação ao período compreendido entre 07/91 a 12/92, o art. 95, 'd', da Lei 8.212/91, razão assiste a defesa.

18. Por outra perspectiva, e rememorando pronunciamento nosso nos autos do Inquérito nº 1.028, aqui já referido (item 12, deste parecer), a infração penal de que se cogita constitui-se em delito omissivo puro, infração de simples conduta, assim de natureza inconciliável com a apropriação indébita, que é crime de resultado. De se ler, o que então disse, verbis:

"21. Quanto a dizer-se de que não se demonstrou tenha o infrator beneficiado-se do não recolhimento, isto nada tem a ver com a consumação do fato. Esta põe-se no ato omissivo de deixar de recolher no prazo legal.

22. Se com o descumprir tal dever o autor do evento logrou, ou não, proveito, tal condiz com o exaurimento da conduta, então já bastante reconhecida na pura omissão.

23. Por isso, plenas de sentido as ponderações do saudoso doutrinador Heleno Fragoso, a propósito, e como transcritas no pronunciamento de fls. 78, verbis:

"O atraso no recolhimento das contribuições não se equipara à apropriação indébita. A contribuição devida pelos empregados não é 'arrecadada' pelo empregador, que paga sempre aos empregados o valor líquido dos salários. Por outro lado, a apropriação indébita é crime contra a propriedade e pressupõe, portanto, que o agente vise efetivamente à apropriação, ou seja, a tornar sua a coisa, dela dispondo como dono (uti dominus), com o animus rem sibi habendi."

24. Também, a propósito deste tipo penal, e da não incidência do princípio da insignificância por impossível, ante o que se objetiva tutelar, dissemos em voto na Câmara Criminal do Ministério Público Federal, verbis:

"12. Com efeito, tenha-se presente que o tipo penal, que está na alínea d, do artigo 95, da Lei 8.112/91 aperfeiçoa-se a partir de uma situação real: o empregador já descontou do salário do empregado o valor destinado ao custeio da Seguridade Social, que quer 'assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, e à assistência social (artigo 194, caput, da Constituição Federal), e dá-lhe destinação diversa.

13. Tal comportamento não traduz simples lesão patrimonial mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade (leia-se: termos do artigo 195 e, em especial, seus incisos da Carta Magna), e, sob a ótica do empregador, ainda a marca da infidelidade, porque depositário da contribuição também exigida do próprio trabalhador, para de pronto repassá-la aos cofres públicos.

14. Empresário que é há de assentar seu negócio sobre as bases honestas do dever de fidelidade, e compromisso inolvidável de fazer-se co-responsável, com todos mais, no zelo à Seguridade Social. Aqui, a tutela jurídica, que o antes mencionado preceito normativo pune, quando inobservado tão específico tipo penal."

25. Toda esta argumentação, ora avivada, afasta cabalmente o dizer-se que há responsabilidade objetiva.

26. O tipo penal é omissivo puro, e tutela a subsistência financeira da própria Previdência Social que 'a toda a sociedade', para relembrarmos o texto constitucional, fixa-se o dever de contribuir."

19. O crime continuado é considerado um só crime. Pouco importa, seja-o por fictio iuris.

20. Ora, se a situação real é de um só crime, sendo os demais havidos como desdobramentos necessários do primeiro que deles é fundante, não se autonomizando, portanto, os que se põem em continuação, para efeitos de incidência da norma incriminadora, uma só e única deve fazê-lo sobre tal situação real.

21. Então no caso têm-se que a Lei 8.137/90 é mais favorável que a Lei 8.212/91.

22. É de se ter, pois, a ultra-atividade da lei mais benéfica no plano da continuidade delitativa, a despeito da parcela final dos ilícitos continuados ser contemplada por incidente lei posterior, mais gravosa.

23. Frente as razões expostas, o Ministério Público Federal opina pelo deferimento parcial da presente ordem, para que seja anulada em parte a sentença de 1º Grau, quando optou pela incidência da Lex gravior, lei 8.212/91 (v: fls. 236), pois que, pelo que se vem de sustentar, a pena-base deve ser haurida ao tipo previsto ao artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90."

2. A última alegação examinada no parecer que estou acolhendo envolve questão de direito intertemporal: os primeiros quatro ilícitos foram praticados de março a junho de 1991, quando vigia a *lex mitior* - art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 -, e os seguintes dezoito, de julho de 1991 a dezembro de 1992, na vigência da *lex gravior* - art. 95, d e § 1º, da Lei nº 8.212/91.

Esclareço que a Lei nº 8.137, de 27.12.90, tipifica como crime contra a ordem tributária "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos" cominando-lhe "pena de **detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa**" (art. 2º, II), e que a Lei nº 8.212, de 24.07.91, passou a tipificar como crime "deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à seguridade social e arrecadada dos segurados ou do público" (art. 95, d), cominando-lhe a "pena estabelecida no art. 5º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986" (art. 95, § 1º), a qual, por sua vez, define os crimes contra o sistema financeiro nacional e comina no referido art. 5º "pena de **reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa**" para o crime de apropriação.

2.2 Para resolver este conflito de leis penais no tempo, considero, em primeiro lugar, que as vinte e duas condutas do paciente foram tidas como praticadas em continuidade delitiva (CP, art. 71, *caput*), de forma que devem ser consideradas, por ficção do legislador, como um único crime.

Esta situação exige opção por uma das duas expectativas possíveis: **retroatividade** da *lex gravior* ou **ultra-atividade** da *lex mitior*, vez que não se pode cogitar de aplicar duas penas diferentes, uma para cada momento em que um mesmo crime foi praticado.

A Juíza sentenciante optou pela retroatividade da *lex gravior*, acolhendo precedente do Tribunal coator, que também confirmou a sentença, segundo o qual "a nova lei que sobrevem ao início do crime continuado, ainda que mais severa, é aplicável a toda a série de delitos que o unificam, se o agente persevera na respectiva prática, porque está advertido das conseqüências de sua conduta."

2.3 De minha parte entendo, em que pesem respeitáveis posições em contrário, que a única solução possível para o caso de crimes praticados em continuidade delitativa, em cujo espaço de tempo sobreveio lei nova mais grave, é a aplicação da lei anterior - *lex mitior* - mesmo forçado a admitir a sua ultra-atividade, e assim entendo por uma singela razão: a Constituição determina que **a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu** (art. 5º, XL).

3. Ante o exposto, conheço do pedido e defiro a ordem impetrada, em parte, para anular o acórdão e a sentença por ele confirmada, na parte em que capitularam o crime e aplicaram a pena com base no art. 95, d e § 1º, da Lei nº 8.212, de 24.07.91, e determinar que outra sentença seja lavrada, apenas nesta parte, capitulando o crime e aplicando a pena com base no art. 2º, II, da Lei nº 8.137, de 27.12.90.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 76.978-1

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA

PACTE. : SERGIO CANOZZI

IMPTE. : NEI SOARES DE OLIVEIRA

COATOR : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo, em parte, o *habeas corpus*, nos termos enunciados em seu voto, o julgamento foi adiado, em virtude de pedido de vista do Senhor Ministro Carlos Velloso . 2ª Turma, 26.05.98.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

  
Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador

29/09/98

SEGUNDA TURMA

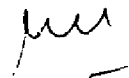
HABEAS CORPUS N. 76.978-1 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

(V I S T A)

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de SÉRGIO CANOZZI, em que se alega que o paciente foi condenado em primeira instância a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 28 (vinte e oito) dias-multa, por infração ao art. 2º, II da Lei nº 8.137/90 (março-junho/91) e ao art. 95, d, da Lei nº 8.212/91 (julho/91-dezembro/92), e está sofrendo constrangimento ilegal por ato da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região/RS, consistente em negar provimento à apelação interposta contra a sentença condenatória. A condenação se deu porque o paciente, como responsável pela empresa Gestion Consultoria Empresarial, teria descontado do salário de seus empregados as quantias referentes à contribuição previdenciária, deixando de recolhê-las aos cofres públicos.

Alega o impetrante que a decisão condenatória imputou ao paciente, "como infração penal, a simples falta de recursos para o



recolhimento de contribuições previdenciárias". Confundiu dificuldades financeiras com dolo. Sustenta que nada foi retirado do empregado, "posto que é impossível retirar o que não existia. O que significa: impossibilidade material de suposta apropriação da coisa nunca possuída." Acrescenta que a Constituição não permite a prisão por dívida e impugna as notificações e intimações, que foram remetidas para a pessoa jurídica e não à pessoa física responsável pela empresa. Diz, ainda, que requereu o parcelamento do débito.

Depois de mencionar jurisprudência e doutrina sobre a matéria, requer o impetrante:

"Considerando que NÃO HAVERÁ PRISÃO POR DÍVIDAS, exceto as apontadas na Lei: considerando a AUSÊNCIA DE DOLO, mas simples insuficiência de numerário para recolher as contribuições devidas; considerando IMPOSSÍVEL a indigitada APROPRIAÇÃO INDÉBITA de VALORES INEXISTENTES; considerando que o PACIENTE NÃO FOI REGULARMENTE CONSTITUÍDO EM MORA, mercê dos Vícios apontados às NOTIFICAÇÕES; considerando que, por via de consequência, a NÃO CONSTITUIÇÃO EM MORA torna o crédito INEXIGÍVEL; considerando que o Paciente, por agora, ao tomar conhecimento da possibilidade de PARCELAR seu débito já postulou tal benefício; considerando que, por definição legal, na continuação os fatos subseqüentes serão havidos continuação do primeiro e que o primeiro fato teria ocorrido em março/91, sob égide de Lei mais branda; considerando patente a "coação ilegal" infligida; suplica, se digne em CASSAR, liminarmente, o r. Acórdão que confirmou a Sentença de 1º grau, suspendendo, desde logo ipso facto, todos os efeitos do Veredito Condenatório, quer pela afronta aos Princípios Fundamentais supra



deduzidos, quer pela AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS REGULARES PARA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL, eis que esta, calcada em Dívida passa a depender de PRECEDENTE REGULARIDADE DA EXIGIBILIDADE DO TÍTULO, O QUAL SE APERFEIÇA PELA CORRETA NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR (constituição em MORA), sem o que, a flagrante unilateralidade de sua formação fulmina sua VALIDADE."

Negada a medida liminar (fls. 324/325), foram requisitadas informações, que vieram a ser prestadas pela eminente Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com os seguintes esclarecimentos:

"A decisão contra a qual se insurge a impetração foi prolatada pela Primeira Turma desta Corte, na Sessão de 13-5-97, e publicada no Diário de Justiça da União de 4-6-97.

Condenado o réu a dois anos e quatro meses de reclusão e 28 dias-multa a 1/5 salário-mínimo dia, em regime aberto, pela prática do crime de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, previsto no inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.137/90, em relação aos períodos de 03/91 a 06/91, e na alínea d do artigo 95 da Lei nº 8.212/91, em relação às competências de 07/91 a 12/92, de modo continuado, o colegiado, à unanimidade, negou provimento à apelação interposta, confirmando integralmente a sentença monocrática.

Com efeito, é irretocável o voto proferido pelo eminente relator, Juiz Volkmer de Castilho, quando aduz que a prova reunida faz certo que os recolhimentos objeto da denúncia não foram efetuados, consubstanciando omissão consumada no dia do vencimento dos respectivos débitos fiscais.



Transcrevo trecho do voto, que reputo essencial:

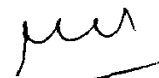
'A materialidade do delito está pois inequivocamente provada pelos documentos da representação ou do processo administrativo anexado. O que pretende o réu porém é a exclusão da ilicitude porque a empresa não dispunha de recursos financeiros para recolher, o que efetivamente não fizera e que por presunção retivera dos empregados (art. 30, I a, c/c art. 33, § 5º, Lei 8.212); ou a exclusão da culpabilidade, porque sendo exíguos os recursos optou por pagar os salários e fornecedores (ao menos até a falência) ante a impossibilidade de deixar de fazê-lo sob pena de grave reflexo social e inviabilização da empresa tudo constituindo inexigibilidade de outra conduta.

Nesse campo, resume-se a controvérsia à prova e à responsabilidade de sua produção. A regra geral é a de que cabe o ônus a quem alega (art. 156, CPP) e especialmente para o réu quando opõe alguma causa excludente do ilícito ou da culpa.'

Assentou o relator, acertadamente, que era do denunciado o ônus de provar o que afirmara, revelando-se insuficiente a mera alegação de que dificuldades financeiras das mais variadas origens impediram o recolhimento. Esta é a orientação da Corte a respeito.

Por outro lado, quanto ao dolo, prossegue o voto condutor:

'(...) é irrelevante para o tipo do art. 95 citado a intenção ou não de apropriar-se parecendo que a jurisprudência desse tipo



absorveu mal a alteração legislativa que revogou o então art. 86, Lei 3.807, que equiparava *quod poenam* o não recolhimento com apropriação (Helena C. Fragoso, Lições, Parte Especial, 1983, p. 364). (...)

(...) as dificuldades mencionadas são ponderáveis, mas salvo engano, insuficientes para sustentar a exclusão da culpabilidade como se pretende no recurso, e muito menos a exclusão da tipicidade como também se insinua. Neste último caso, porque houve retenção mesmo presumida, e naquele porque a prova mostra que o réu fez opções entre os credores preferindo os que lhe permitiriam prosseguir o negócio, sem embargo de ainda assim malograr.'

Nessa conformidade, irrepreensível o decidido pela Turma julgadora, razão por que não deve prosperar a ordem impetrada." (fls. 329/331).

Oficiando às fls. 310/350, o Ministério Público Federal, parecer do ilustre Subprocurador-Geral Claudio Lemos Fonteles, "opina pelo deferimento parcial da presente ordem, para que seja anulada em parte a sentença de 1º grau, quando optou pela incidência da *Lex gravior*, Lei nº 8.212/91 (v: fls. 236), pois que, pelo que se vem de sustentar, a pena-base deve ser haurida ao tipo previsto ao artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90".

O eminente Relator votou no sentido de deferir a ordem, em parte.



Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do pedido.

Passo a votar.

Nos termos do voto que proferi no julgamento do HC 76.382-MG, peço licença ao Sr. Ministro Relator para indeferir o writ.

*mueller*

29/09/98

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.978-1 RIO GRANDE DO SUL

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR) - Sr. Presidente, ressaltando o meu ponto de vista contrário à jurisprudência do Tribunal, a qual me submeto, retifico o meu voto, nessa parte, para acompanhar o voto do Sr. Ministro Carlos Velloso, para, em consequência, também indeferir a ordem impetrada.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long tail, positioned below the text of the vote rectification.

29/09/98

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.978-1 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

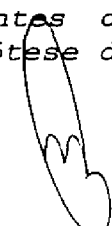
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, ratifico o voto anterior, porque o voto deste caso é idêntico ao do Habeas Corpus nº 76.382:

Senhor Presidente, veja V. Exa. como é difícil votar, na dinâmica, em si, dos julgamentos, pelo que se ouve, pelo que se reflete de imediato, considerado o voto proferido pelo relator.

Antes do início da sessão, mostrava-me o Senhor Ministro Carlos Velloso o precedente do Plenário, e asseverou S. Exa. que teria contado com o meu voto. Afirmei peremptoriamente que não, que jamais enfrentei essa matéria. E agora S. Exa. trouxe o rol daqueles que estavam no Plenário no dia do julgamento e dele consta o meu nome.

Tenho convencimento que coincide com o do Procurador Cláudio Fonteles e, também, com a convicção do Magistrado Maurício Corrêa. O princípio constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa não sofre temperamento em face da edição de lei ordinária.

E digo mais: no artigo 71 do Código Penal, que rege a continuidade delitiva, tem-se a homenagem ao princípio da irretroatividade, porque somente em um caso é que se prevê a observância, como base do aumento de um sexto a dois terços decorrentes da continuidade, da pena mais grave. Seria na hipótese de



HC 76.978-1 RS

ocorrência de crime após a edição de uma lei que exacerbe a pena? A resposta é desenganadamente negativa. A cabeça do artigo 71 apenas contempla seja aplicada a pena mais grave quando os crimes são diversos, têm definição diversa. Está no artigo 71:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro (...) - ou seja, essa continuação retratada no artigo diz com o crime inicialmente praticado, tal como na definição legal - (...) aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes (...)

Vamos aplicar a pena do crime posterior para levar os anteriores em consideração a fim de proceder ao aumento? Não. A ordem natural das coisas direciona no sentido de tomar-se, como base de incidência da percentagem concernente ao acréscimo da continuidade, a pena prevista para o primeiro crime praticado. Refere-se o artigo, então, à exceção:

(...) se idênticas, ou a mais grave (...)

Isto quanto à retroatividade da lei? Não, porque vedada pela Carta da República. No tocante à expressão "ou a mais grave", empresto ao texto legal ordinário interpretação consentânea com a Carta da República, e não o contrário -, e entendo-a pertinente quando se está diante de crimes diversos da mesma espécie.

Em síntese, até mesmo a ordem natural das coisas, que tem força insuplantável, direciona no sentido de partir-se, como base para a incidência do acréscimo, da pena prevista para o primeiro crime

HC 76.978-1 RS

praticado, e esta pena é majorada de um sexto a dois terços.

Diante desse quadro, formo com o Ministro Maurício Corrêa e também com o Procurador da República, Professor de Processo Penal, Dr. Cláudio Fonteles. Estando em questão a liberdade do homem, peço a compreensão de todos para não me comprometer nem mesmo com o meu próprio erro ao votar no Plenário. Concedo a ordem, concluindo que deve ser observada como pena-base, a sofrer o acréscimo decorrente da continuidade, aquela prevista na legislação pretérita.

É como voto no caso dos autos.





SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 76.978-1

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA

PACTE. : SERGIO CANOZZI

IMPTE. : NEI SOARES DE OLIVEIRA

ADV. : FERNANDO FRAGOSO


COATOR : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo, em parte, o *habeas corpus*, nos termos enunciados em seu voto, o julgamento foi adiado, em virtude de pedido de vista do Senhor Ministro Carlos Velloso . 2ª Turma, 26.05.98.

Decisão: Por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem, nos termos enunciados em seu voto. O Senhor Ministro Maurício Corrêa retificou, em parte, o voto anterior, para também indeferir a impetração. 2ª Turma, 29.09.98.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

  
Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador