AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.449.050 - DF (2019/0039769-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	YVAN SEABRA DA COSTA JUNIOR
ADVOGADOS	:	ELVIS DEL BARCO CAMARGO - DF015192 CLEYTON SOARES NOGUEIRA MENESCAL - DF026297 PAULA MARCIA DIAS JACULI - DF054350
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
INTERES.	:	MEGANE DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por YVAN SEABRA DA COSTA JÚNIOR em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 885/886):

> *PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSÁRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO VALOR PARA REPARAÇÃO DO DANO. INCABÍVEL. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.*
>
> *1.O tipo penal previsto no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 (supressão de tributo), não exige para a sua configuração o dolo específico, aperfeiçoando-se com o dolo genérico.*
>
> *2. Incabível o pedido de absolvição quando o conjunto probatório produzido nos autos demonstra a prática de crime contra a ordem tributária.*
>
> *3. Não existe um critério matemático para a fixação da pena-base, devendo o magistrado guiar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicando o quantum necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime.*
>
> *4. Não demonstrada a prática de crime de uso de documento falso, a absolvição é medida que se impõe.*
>
> *5. Não há que se falar em fixação de valor para a reparação do dano quando não houver pedido expresso na denúncia, de sorte a permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório, além de o valor devido estar inscrito em Dívida Ativa, com ações de*

execução fiscal em curso.

6. Recursos conhecidos e não providos.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 908/917), fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação do artigo 386, inciso VII, do CPP e dos artigos 59 e 71 do CP. Sustenta: (i) que não há provas concretas capazes de demonstrar que o delito fora praticado pelo envolvido; (ii) a desproporcionalidade no aumento de 3 meses na pena-base e de 2/3 pela aplicação do art. 71 do CP.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 922/926), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 928/930), tendo sido apresentado o presente agravo.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 955/960).

É o relatório. **Decido**.

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

O recurso não merece acolhida.

Primeiramente, o Tribunal a quo, ao manter a condenação do acusado pelo crime do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, concluiu que o conjunto probatório não deixa dúvidas acerca da materialidade e autoria do delito. Ora, rever tal conclusão, como requer a parte recorrente, no sentido da existência de indícios da autoria para a condenação do acusado, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, por força da incidência da Súmula n. 7/STJ.

No que tange à pena-base, salienta-se que *a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima*

cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime (AgRg no HC 188.873/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013).

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).*

- A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes.

- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.

2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.

3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o

máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. ALTERAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e, no caso do delito de roubo, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico, verificando os limites mínimo e máximo, de 4 a 10 anos de reclusão. Na hipótese, verifica-se que a majoração da pena-base pelas instâncias ordinárias mostra-se desproporcional, pois foi majorada em 1/2 com base em duas circunstâncias do crime; razoável, portanto, majorá-la em 1/6 para cada circunstância desfavorável, de acordo com o entendimento desta Quinta Turma, restando a pena-base fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

[...]

(HC 296.562/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, CAPUT, C.C. ART. 14, II, CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE

> *RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. (2) PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. (3) PENA-BASE INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ANTECEDENTES). REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*
>
> ***2. Considerando a sanção abstrata prevista para o crime de homicídio - 6 a 20 anos -, não parece razoável a fixação da pena-base (8 anos e 6 meses de reclusão) do paciente, em decorrência da valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais (antecedentes). O decisum viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo de rigor a imposição do patamar de aumento em 1/6 (um sexto), fator que define a pena-base em 7 anos de reclusão. Esclareça-se que em razão da atenuante da confissão espontânea e da tentativa, a reprimenda fica estabelecida em 3 anos e 3 meses de reclusão.***
>
> *[...]*
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, bem como estabelecer o regime inicial semiaberto.* (HC 216.552/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013).

No presente caso, conforme se observa, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base de 3 meses para o crime do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, pelos maus antecedentes (1 condenação transitada em julgado), mostrando-se proporcional, até porque ficou menor a majoração em 1/6.

Por fim, quanto ao aumento pela continuidade delitiva, este Tribunal Superior entende que a exasperação da pena é determinada pelo número de infrações penais cometidas, aplicando-se a fração de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações, 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

Nessa linha, os seguintes julgados:

[...] CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAL DE AUMENTO. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento segundo o qual o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.

2. In casu, os agravantes foram responsáveis por algo em torno de "menos de 10" fraudes (e-STJ, fl. 11.611), de forma que a fração aplicada guarda harmonia com a jurisprudência deste Sodalício, não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada.

3. Quando não for possível precisar com exatidão o número de infrações, é admissível que a fixação considere o período no qual os delitos foram cometidos. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1014485/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019)

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EMBARAÇO ÀS INVESTIGAÇÕES DE CRIMES RELACIONADOS A ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. EXTORSÃO MAJORADA (2 VEZES). CONCUSSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA COMUM E ESPECÍFICA. FRAÇÃO DE AUMENTO. EXCESSO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Esta Corte Superior possui o entendimento de que, em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva comum, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de duas infrações; 1/5 para três infrações; 1/4 para quatro infrações; 1/3 para cinco infrações; 1/2 para seis infrações e 2/3 para sete ou mais infrações.

[...]

5. Habeas corpus concedido para reduzir as frações de aumento da continuidade delitiva e, em consequência, redimensionar a pena final do paciente, nos termos do voto. (HC 486.118/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019)

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, DA LEI N. 8.137/90. 1) PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. INOCORRÊNCIA. AUSËNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. CRIME SOCIETÁRIO. DENÚNCIA. AUSËNCIA DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA. VALIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. 3) DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. 4) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. NÃO INERENTE AO TIPO PENAL. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, CONFORME SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. MONTANTE DE EXASPERAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. PROPORCIONALIDADE. 5) VIOLAÇÃO AO ART. 71, CAPUT, DO CP. AUMENTO DE 1/2 (METADE). CONDUTA PRATICADA 6 VEZES. 6) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *5. Conforme precedentes, o aumento da pena pela continuidade delitiva prevista no art. 71, caput, do CP, é proporcional ao número de crimes. 2 infrações ensejam o aumento de 1/6; 3 infrações, 1/5; 4 infrações, 1/4; 5 infrações, 1/3; 6 infrações, 1/2; e 7 ou mais infrações, 2/3. No caso em tela, tendo sido praticado o delito por 6 vezes, cabível o aumento em metade.*
>
> *6. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1640083/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 25/06/2018)

Dessa forma, na espécie, tendo sido o delito praticado por 16 vezes, resulta adequada a fração de 2/3 para a causa de aumento da continuidade delitiva.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "b", do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator