AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.419.447 - SP (2018/0340380-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	E M S
ADVOGADOS	:	GUSTAVO HENRIQUE R IVAHY BADARO E OUTRO(S) - SP124445 JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK - SP246707 HELIO PEIXOTO JUNIOR - SP374677
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de fls. 1366/1368 em que não foi conhecido o recurso especial da parte, pois não houve a oposição de embargos infringentes para o esgotamento das vias ordinárias.

A defesa do agravante alega que o recurso especial sustentou-se em duas partes autônomas (violação ao art. 617 do CPP e art. 59 do CP), sendo que, quanto à contrariedade ao disposto no art. 59 do CP, não houve divergência entre os julgadores do Tribunal de origem, não ensejando a oposição de embargos infringentes.

Por consequência, conhecido o recurso especial pela violação ao art. 59 do CP, nos termos das Súmulas n. 292 e 528 da Suprema Corte, se a decisão contiver partes autônomas, a admissão de uma delas não limitará a apreciação da outra, possibilitando, também, a análise da violação ao art. 617 do CPP.

Aduz, subsidiariamente, a concessão de *habeas corpus*, de ofício, diante da flagrante ilegalidade.

É o relatório. Decido.

O recurso merece parcial provimento.

Consoante dispõe o art. 609, parágrafo único, do CPP: "(...) se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência".

Analisando detidamente os autos, verifico que, no acórdão recorrido, não houve divergência no ponto referente à suposta violação ao art. 59 do CP, consistente no afastamento da circunstância judicial das "conseqüências do crime", sendo possível o seu conhecimento.

No que tange à suposta violação ao art. 617 do CPP, "caracterizada a

votação não unânime prejudicial à defesa, imprescindível a oposição dos infringentes para fim de esgotamento da instância. Inteligência da Súmula 207/STJ" (AgRg no AREsp 751.566/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016).

Assim, conheço do apelo especial apenas quanto à suposta ofensa ao art. 59 do CP.

Passo à análise do recurso especial.

A irresignação não merece prosperar.

De início, "a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC 472.869/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019).

O Tribunal de origem manteve a circunstância judicial desfavorável, mediante fundamentação que ora se destaca (fls. 1185/1186 e 1189/1190):

> *Na primeira fase da dosimetria, cada conduta delitiva deve ser individualmente considerada. Deste modo, o aumento da pena-base com fundamento na circunstância judicial "conseqüência do crime" é admitido quando o valor individual da contribuição suprimida ao INSS for penalmente relevante, não havendo que se falar em bis in idem por ocorrência nos elementos inerentes ao tipo penal em espécie.*
>
> *(...)*
>
> *No particular, consoante o LDC - DEBCAD n° 35.718.284-7 (fl. 113),* ***o valor principal do crédito tributário, excluídos os juros de mora e multa, foi apurado no montante de R$ 1.553.619,73 (um milhão, quinhentos e cinqüenta e três mil e seiscentos e dezenove reais e setenta e três centavos).***
>
> *Da análise dos Discriminativos de Débitos referentes ao LDC em questão (fls. 116/146), tem-se que, por mais de uma vez, o valor sonegado pelo acusado superou R$ 20.000,00 (vinte mil reais), razão pela qual o aumento deve ser preservado.*
>
> *De fato,* ***o prejuízo à Previdência Social é de grande monta, o que autoriza a exasperação da reprimenda com fundamento nas conseqüências do delito.***
>
> *(...)*
>
> *Ao fixar a pena-base, o Juízo a quo considerou circunstância judicial desfavorável, relativa às conseqüências do crime,*

> *consistente no prejuízo de R$ 1.553.619,73 (um milhão, quinhentos e cinqüenta e três mil, seiscentos e dezenove reais e setenta e três centavos) aos cofres da Previdência Social. Diante disso, fixou a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, 1/2 (metade) acima do mínimo legal.*
>
> ***Na hipótese de o agente deixar de recolher vultosa quantia globalmente considerada, cumpre proporcionalmente exasperar a pena inicial.***
>
> ***No caso dos autos, trata-se da elevada quantia de R$ 1.553.619,73 (um milhão, quinhentos e cinqüenta e três mil seiscentos e dezenove reais e setenta e três centavos).***
>
> ***As conseqüências do delito são, portanto, circunstância judicial que ensejam a exasperação da pena-base (CP, art. 59, caput).***

Depreende-se, pois, que foram valoradas negativamente as consequências do crime, devido ao elevado valor do prejuízo causado aos cofres da Previdência Social - R$ 1.553.619,73 *(um milhão, quinhentos e cinqüenta e três mil seiscentos e dezenove reais e setenta e três centavos).*

Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a exasperação da pena-base com fundamento nas consequências do crime em razão do valor da sonegação fiscal, quando considerado expressivo (AgRg no HC 418.038/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

Ainda nesse sentido:

> *REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.* ***SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.*** *NOVOS FUNDAMENTOS NO ACÓRDÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. SONEGAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOLO GENÉRICO.* ***ELEVADO VALOR DO PREJUÍZO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.*** *ACÓRDÃO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Nos termos da orientação firmada neste Sodalício, "Segundo o princípio da ne reformatio in pejus, o juízo ad quem não está vinculado aos fundamentos adotados pelo juízo a quo, somente sendo obstado no que diz respeito ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal" (HC 142.443/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012). 2. O crime de sonegação de contribuições previdenciárias não exige a configuração do dolo específico como elemento subjetivo do tipo.* ***3. O elevado prejuízo causado aos cofres públicos constitui fundamentação idônea para a exasperação da***

> ***pena-base em razão da desfavorabilidade das consequências do delito.*** *4. Encontrando-se o acórdão a quo em consonância com a jurisprudência firmada neste Sodalício, é certo que a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto no Enunciado nº 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 840.609/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017 - Grifo Nosso).*

Quanto à aplicação das Súmulas n. 292 e 528 da Suprema Corte, estas se referem ao juízo de admissibilidade do recurso especial realizado pelo Tribunal de origem, de modo que a matéria não admitida sobe para análise do STJ diante da existência de outro ponto admitido, não cabendo interposição de agravo.

Essas Súmulas são inaplicáveis ao caso dos autos, que trata de não conhecimento de matéria que não foi objeto da divergência firmada no acórdão impugnado, ou seja, para que a arguição pudesse ser trazida a confronto necessário seria o levantamento da questão nos embargos infringentes, o que não ocorreu na hipótese.

O pleito de concessão de *habeas corpus* de ofício, como forma de tentar burlar a inadmissão do apelo especial ou de seus posteriores recursos, é descabido (AgRg no REsp 1706035/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018) (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1363476/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 08/03/2019).

Diante do exposto, dou parcial provimento ao agravo regimental para conhecer parcialmente do recurso especial e, neste ponto, negar-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de março de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator