AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.476.880 - SP (2019/0097466-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	LUIS OTAVIO LUCENA DO NASCIMENTO COSTA
ADVOGADA	:	RUTH STEFANELLI WAGNER VALLEJO - SP111893
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por LUIS OTAVIO LUCENA DO NASCIMENTO COSTA, contra decisão do Tribunal Regional, que não admitiu seu recurso especial.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 100 salários-mínimos, mais pagamento de 30 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 1º, I, c/c art. 12, I, ambos da Lei n. 8.137/1990.

Inconformada, a defesa apelou perante a Corte Regional, a qual deu provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da prestação pecuniária para 40 salários-mínimos.

Os embargos declaratórios foram rejeitados.

Os embargos infringentes foram desprovidos por maioria.

Inconformada, a defesa interpôs recurso especial, que em juízo prévio de admissibilidade foi inadmitido, dando ensejo à presente insurgência, na qual o agravante aduz que os óbices mencionados não incidiriam na hipótese dos autos. Acrescenta que a análise da questão recursal não demandaria o reexame das provas, mas apenas a revaloração destas, que restou demonstrada a divergência jurisprudencial e que a decisão de primeiro grau é nula por ultrapassar os limites da imputação.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o apelo nobre.

O Ministério Público Federal, manifestou-se pelo não conhecimento do agravo e, se conhecido, pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

No Recurso Especial a defesa pretende a nulidade do feito, sob o argumento de que não foram observadas as formalidades do art. 384 do CPP. Aduz que a causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990 deve ser afastada em razão do valor objeto da ação não ser de grande vulto e a decisão recorrida divergir do entendimento firmado em diversos Tribunais. Sustenta que o acréscimo em razão do reconhecimento do crime continuado foi fixado de forma desproporcional.

Analisadas as razões do agravo em recurso especial e a par dos argumentos delineados pelo Tribunal de origem em juízo prévio de admissibilidade, verifica-se que, de fato, o Recurso Especial não merece conhecimento.

No que diz respeito à violação do instituto da *mutatio libelli*, o Tribunal de origem assim decidiu (e-STJ fl. 605) :

> *[...]*
> *O juízo sentenciante somente procurou adequar a capitulação jurídica dada ao fato narrados na denúncia e provado durante a*

> *instrução criminal. No presente caso, o que houve foi o instituto da emendatio libelli, prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal, pois somente houve ajuste dos fatos narrados na denúncia com a capitulação jurídica.*
> *O réu, ao longo da instrução penal, defende-se dos fatos que lhe são imputados pelo órgão acusador e não dos dispositivos legais eventualmente indicados, de maneira que nos casos de emendatio libelli, se torna desnecessária a intimação da defesa.*
> *Consta na peça acusatória que réu omitiu recursos recebidos por sua empresa ao Fisco, o que resultou na supressão de tributos federais.*
> *Ainda, o artigo Iº e incisos da Lei 8.137/90 é misto alternativo, ou seja, trata de tipo penal de conduta múltipla ou variada e todas as condutas previstas nos incisos do referido artigo são espécies de sonegação fiscal, ao passo que o inciso 1 corresponde a omissão genérica e a do inciso II específica.Desta feita, não nulidade a ser reconhecida.*
> *[…]*

No caso destes autos, a Juiz de Primeiro Grau procedeu à *emendatio libelli*, pois atribuiu definição jurídica diversa ao conjunto fático descrito na peça acusatória, sendo dispensável o aditamento da exordial ou abertura de prazo, uma vez que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não da classificação jurídica a eles atribuída pelo Ministério Público ou querelante.

Desse modo, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões do especial, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, situação vedada pela Súmula 7 do STJ.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMENDATIO LIBELLI NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NOS CASOS EXCEPCIONAIS EM QUE ESTA CORTE SUPERIOR A ADMITE. DESCLASSIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. O momento adequado para aplicar o instituto da emendatio libelli, nos termos do art. 383 do CPP, é o da prolação da sentença, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação legal nela contida - que é dotada de caráter provisório.*
> *2. Admite-se, excepcionalmente, a antecipação da emendatio libelli se a equivocada subsunção típica prejudicar a competência absoluta ou o rito procedimental, ou se houver restrição de benefícios penais por excesso de acusação, o que não ocorre in casu.*
> *3. A denúncia apresentada atende aos requisitos descritos no art. 41 do CPP. A desclassificação da conduta para o crime de falsidade material de atestado ou certidão demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ.*
> *4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1268233/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em*

19/02/2019, DJe 11/03/2019)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR DELITO COMETIDO NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR CONTRA MULHER. CRIMES DE AMEAÇA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CONCURSO MATERIAL. MUTATIO LIBELLI. ART. 384, § 2º DO CPP. QUESTÃO PRELIMINAR. DESCUMPRIMENTO. NULIDADE. AUSÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI. ART. 383 DO CPP. AFIRMAÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7 DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
I - Se a imputatio facti, explícita ou implicitamente, permite definição jurídica diversa daquela indicada na denúncia, tem-se a possibilidade de emendatio libelli (art. 383 do CPP), afastando a alegada nulidade supostamente decorrente da mutatio libelli (art. 384 e §§ do CPP).
II - Para rever o entendimento firmado pelo Tribunal de origem no sentido de que não houve prejuízo para a Defesa, seria necessário o reexame do quadro fático-probatório. Incidência da Súmula 07/STJ. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1602865 / DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, Dje 23/03/2018)

Quanto à aplicação da causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990, consta do voto condutor (e-STJ fls. 648/649):

[…]
O Eminente Relator entendeu descabida a aplicação da causa de aumento do art. 12, l, da Lei n. 8.137/90 por considerar que o valor principal dos tributos sonegados correspondente a R$ 416.666,74 (R$ 250.288,72 - IRPJ; R$ 27.227,67 - PIS; R$ 95.034,76 - COFINS e- R$ 44.115,59 - CSLL), excluídas multas e juros moratórios (cfr. fls. 20/70, apenso I), "não destoa do núcleo do tipo a ensejar a causa de aumento".
Divirjo desse entendimento, contudo.
Considero expressivo o montante sonegado, equivalente a R$ 416.666,74 (quatrocentos e dezesseis mil, seiscentos e sessenta e seis reais e seienta e quatro centavos), excluídos juros e multa, o que rende ensejo à incidência da causa de aumento do art. 12,1, da Lei n. 8.137/90.
Acertada a vaioração da gravidade do dano apenas como causa de aumento (Lei n. 8.137, art. 12, 1), não sendo realizada, também, na primeira fase da determinação da pena-base, como circunstância judicial (CP, art. 59, caput), o que caracterizaria inadmissível bis in idem.
[…]

Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal recorrido, após a análise dos elementos de prova produzidos, considerou "*expressivo o montante sonegado, equivalente a R$ 416.666,74 (quatrocentos e dezesseis mil, seiscentos e sessenta e seis reais e setenta e quatro centavos) excluídos juros e multa, o que rende ensejo à incidência da causa de aumento do art. 12, 1, da Lei n. 8.137/90.*(e-STJ fl. 649)

Nesse aspecto, o recurso especial não se presta a desconstituir o julgado e a afastar a causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990, considerada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado ao Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

Confira-se:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. EXPRESSIVIDADE DO MONTANTE REDUZIDO OU SUPRIMIDO. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 12, INCISO I, DA LEI N. 8.137/90. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. Por se tratar de matéria afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a revisão da dosimetria, na via do apelo extremo, tem caráter excepcional, sendo cabível apenas diante de manifesta ilegalidade, reconhecível de plano. Ademais, a fixação da pena não se submete a rígidos critérios matemáticos, mas sim a um juízo de discricionariedade vinculada. Precedentes.*
>
> *2. Considerando o intervalo entre os limites mínimo e máximo da pena abstratamente prevista para o delito de sonegação fiscal e a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, não se afigura desarrazoada ou desproporcional a exasperação da basilar em apenas 1 (um) ano acima do mínimo legal, porquanto, na compreensão das instâncias ordinárias, suficiente à prevenção e reprovação do crime.*
>
> *3. Quanto ao grave dano à coletividade, importa consignar que este pode ser sopesado ou na primeira ou na terceira fase da dosimetria, ficando apenas vedado o bis in idem.*
>
> ***4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a expressividade do montante reduzido ou suprimido é fundamento idôneo a justificar a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/90. De todo modo, perquirir se o importe sonegado ensejou grave dano à coletividade implica o necessário revolvimento do conteúdo probatório dos autos, providência que, como cediço, encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ. Precedentes.***
>
> *5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1194509/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018)*
>
> *RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ILICITUDE DA*

PROVA. NULIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO NÃO EVIDENCIADA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 156 DO CPP. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. SÚMULA 7/STJ. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 12 DA LEI N. 8.137/90. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. EXPRESSIVO VALOR DO TRIBUTO SONEGADO. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. DESNECESSIDADE DE EXPRESSA TIPIFICAÇÃO LEGAL. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

5. Tendo as instâncias ordinárias entendido pela existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, aferir a fragilidade do conjunto fático-probatório encontra óbice no enunciado sumular 7/STJ, o qual veda o reexame de provas na via do recurso especial.

6. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o não recolhimento de expressiva quantia de tributo atrai a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90, pois configura grave dano à coletividade. De qualquer forma, a questão, como posta, não escapa à incidência da Súmula 7/STJ. *(AgRg nos EDcl no AREsp 465.222/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, Dje 29/08/2016).*

7. O réu se defende dos fatos narrados e não da tipificação a ele atribuída, razão pela qual pode o magistrado reconhecer a existência da causa da aumento prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/90, descrita faticamente na denúncia, ainda que nela não expressamente indicada a correspondente tipificação legal da majorante.

8. Recurso especial improvido.(REsp n. 1524528/PE, SEXTA TURMA, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, julgado em 05/09/2017, Dje 13/09/2017)

No que se refere à aplicação da fração de 1/3 em razão da continuidade delitiva, a Corte de origem assentou, *in litteris* (e-STJ fl. 607) :

[…]

Passo à dosimetria da pena.

O Juiz de primeiro grau fixou a reprimenda nas partes impugnadas da seguinte maneira:

"DA DOSIMETRIA DA PENA

(...)

Ausentes outras atenuantes e agravantes, aumento a pena em 1/3 (um terço) pela incidência da continuidade delitiva (art. 71, CP), considerando o longo período em que o réu praticou a conduta delitiva (de 1996 a 2000), resultando em 02 (dois) anos e oito meses de reclusão.

[…]

Verifica-se, pois, que as instâncias ordinárias majoraram a reprimenda em razão da continuidade delitiva na fração de 1/3, considerando, para tanto, a sonegação de

quatro diferentes tributos em cinco exercícios consecutivos.

Note-se que, ao assim decidir, o Tribunal recorrido alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício de que o número de infrações cometidas deve ser considerado quando da escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, dentre os parâmetros previstos no caput do art. 71 do Código Penal, sendo 1/6 para a hipótese de dois delitos até o patamar máximo de 2/3 para o caso de 7 infrações ou mais.

Confiram-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 241-A, DO ECA. LEI N. 8.069/90. 1. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. ILEGALIDADE INEXISTENTE. 2. SOBRESTAMENTO DO FEITO. 3. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 4. VIOLAÇÃO DO ART. 83 DO CPP. 5. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. 6. VIOLAÇÃO DO ART. 159, § 5º, INC. I, DO CPP. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA TEMPESTIVAMENTE ARROLADA PELA DEFESA. 7. MALTRATO AO DISPOSTO NO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. 8. VIOLAÇÃO DO ART. 157, CAPUT E § 1º, DO CPP. ILICITUDE E ILEGITIMIDADE DA PROVA. 9. VIOLAÇÃO DO ART. 241-A DO ECA E DOS ARTS. 13, 18, INC. I, 20, CAPUT, E 21 DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 241-B DO MESMO ESTATUTO. 10. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 4º E 71. 11. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
> *(...)*
> *10.1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o número de infrações cometidas deve ser considerado quando da escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, dentre os parâmetros previstos no caput do art. 71 do Código Penal, sendo 1/6 para a hipótese de dois delitos até o patamar máximo de 2/3 para o caso de 7 infrações ou mais.*
> *10.2. Assentado pelas instâncias ordinárias que foram disponibilizados mais de 700 (setecentos) arquivos de imagem e vídeo na rede mundial de computadores, não há falar em ilegalidade na adoção da fração máxima de 2/3 de aumento.*
> *11. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1492472/PR, QUINTA TURMA, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 04/10/2018, Dje 15/10/2018)*
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVO). POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. FRAÇÃO DE AUMENTO DESPROPORCIONAL. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - In casu, a pena foi exasperada na fração de 3/8 (três oitavos) com base na gravidade concreta do delito perpetrado pelos pacientes, que, para concretizarem a subtração pressionaram a arma de fogo na barriga das vítimas tendo suas integridades físicas expostas a um elevado risco (fls. 10-11), restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.

V - Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, vale dizer, a majoração tem, aí, como referencial, o número de infrações. Assim, praticadas duas infrações penais por cada paciente, deve o aumento, em decorrência da continuidade delitiva, ser de 1/6 (um sexto), e não de 1/2 (metade), como fez o e. Tribunal a quo, quando do julgamento da apelação. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer a fração de 1/6 (um sexto), em razão da continuidade delitiva, e fixar as penas dos pacientes no patamar definitivo de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 462108/SP, QUINTA TURMA, Rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 04/10/2018, Dje 09/10/2018)

Assim, por se encontrar o acórdão recorrido em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão da defesa, nesse ponto, esbarra no óbice previsto no Enunciado n. 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Por tais razões, **conheço do agravo e não conheço do recurso especial**, nos termos do art. 34, VII, c/c o art. 253, parágrafo único, II, *a*, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se e intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator