



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.561.223 - DF (2015/0260436-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO : RODRIGO CARLOS OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. DELITOS QUE EXCEDEM O SUFICIENTE PARA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. UTILIZAÇÃO. PENA-BASE. DESCABIMENTO. CRIMES ÚNICOS. PENAS INDEPENDENTES. CULPABILIDADE. NEGATIVAÇÃO. GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. VERIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONFISSÃO. ATENUANTE. RECONHECIMENTO. SÚMULA 545/STJ.

1. Mesmo na continuidade delitiva, a dosimetria é feita para cada crime que compõe a série da reiteração, de maneira independente, sendo que, nos termos expressos do art. 71 do Código Penal, aplica-se a pena de *um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso de um sexto a dois terços*. O fato de as penas terem sido fixadas em uma única operação, porque idênticas as circunstâncias judiciais, não retira a independência que cada delito da série criminosa tem em relação ao outro que dela também faz parte.

2. A pretensão de que a quantidade de crimes que excedem aqueles suficientes para aplicação da fração máxima da continuidade delitiva fosse utilizada para majorar as penas-base desrespeitaria o caráter único de cada delito que integra a continuidade delitiva e se mostraria flagrantemente contrária ao disposto no art. 71 do Código Penal. Somente seria possível se, no caso de crime continuado, nas três primeiras etapas da dosimetria, fosse fixada uma pena única para todos os delitos, o que não encontra guarida no Código Penal.

3. Para rever a conclusão do acórdão recorrido no sentido de não haver maior grau de reprovabilidade da conduta que justificasse a negatificação da circunstância judicial da culpabilidade, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, descabida em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

4. Segundo a orientação da Súmula 545/STJ, se o depoimento do réu foi utilizado como elemento para dar suporte à condenação, faz ele jus à aplicação da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, mesmo quando a confissão for parcial.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para conceder a atenuante da confissão, ficando a pena redimensionada nos termos do voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento, concedendo, ainda, *habeas corpus*, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.561.223 - DF (2015/0260436-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local na Apelação Criminal n. 2013011072233-7.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o recorrido como incurso no art. 1º, I, II e V da Lei n. 8.137/1990, c/c o art. 71 do Código Penal, à pena de 2 anos de reclusão, majorada, em razão da continuidade delitiva, para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direito.

Apelaram a defesa e a acusação (fls. 294/361). O Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e, por maioria, deu parcial provimento ao recurso ministerial para valorar negativamente a circunstância judicial dos maus antecedentes e elevar a pena-base fixada para o acusado para 2 anos e 3 meses de reclusão, exasperada, em virtude do crime continuado, para 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direito (fls. 300/301):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, ANTECEDENTES CRIMINAIS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO INCIDÊNCIA DO AUMENTO DA PENA PREVISTO NO ART. 12, INCISO I DA LEI N. 8.137/1990. CONTINUIDADE DELITIVA. DESPROPORCIONALIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO.

1. Demonstrando as provas dos autos que, no período de janeiro a dezembro de 2009, deixou o acusado de recolher o ICMS, constata-se a correta imputação ao réu do crime previsto no art.1º, incisos I, II e V, da Lei n.º 8.137/1990.

2. As declarações prestadas pelo acusado confirmam o dolo necessário para conduta delitiva. Deve-se lembrar que, de acordo com amplo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento jurisprudencial e doutrinário, o dolo exigido nesta espécie de crime é o genérico e não o específico.

3. O longo período de duração da sonegação fiscal não se mostra como fundamentação idônea para a valoração negativa da culpabilidade, tendo em vista infringir ao princípio do *non bis in idem*, em razão da aplicação máxima da fração prevista em lei para exasperação da pena no crime continuado.

4. Para a caracterização dos maus antecedentes é desnecessário o trânsito em julgado da condenação em data anterior à prática do fato criminoso que originou a nova condenação; basta que o delito seja anterior ao que se examina.

5. Inviável a exasperação da pena-base pelas consequências do delito quando estas não ultrapassarem aquelas já inerentes ao modelo descritivo que individualizou a conduta penalmente relevante.

6. Tratando-se de 12 (doze) crimes de supressão de tributo, impossível afastar ou diminuir a fração aplicada relativa à continuidade delitiva, porquanto se encontra em consonância com a proporcionalidade e entendimento jurisprudencial, razão pela qual deve ser mantida a exasperação fixada pela sentença, qual seja, 2/3 (dois terços).

7. Não se aplica, na terceira fase da dosimetria, o aumento de pena previsto no art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, quando não se tratar de vultosa quantia.

8. Recurso da Defesa desprovido e recurso do Ministério Público parcialmente provido para avaliar negativamente a circunstância judicial dos antecedentes criminais consequentemente, elevar a pena base imposta ao acusado.

Em suas razões, alega o *Parquet* contrariedade ao art. 59 do Código Penal, ao argumento de que o acórdão recorrido *não considerou, dentre os 12 (doze) crimes praticados em continuidade delitiva pelo ora Recorrido, os 5 (cinco) que não foram utilizados para se majorar a pena em decorrência do concurso de crimes* (fl. 370).

Pede o provimento do recurso, para que haja a negativação da circunstância judicial referente à culpabilidade, em razão dos crimes não utilizados para fixar o aumento resultante da continuidade delitiva.

O Ministério Público opina pelo provimento do recurso:

RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ACRÉSCIMO DE CIRCUNSTÂNCIA TIDA POR DESFAVORÁVEL. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. QUANTIDADE DE CRIMES PRATICADOS, EM CONTINUIDADE DELITIVA. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. NÃO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 44,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCISO I, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS E QUANTIDADE DE PENA APLICADA. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL, PARA AUMENTAR A PENA-BASE, ESTABELECE O REGIME INICIAL SEMIABERTO E AFASTAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.561.223 - DF (2015/0260436-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Extrai-se do acórdão recorrido (fl. 340):

[...]

O Ministério Público requer a valoração negativa da culpabilidade sob o argumento de que o réu praticou doze crimes de sonegação fiscal em continuidade delitiva, o que representa maior reprovabilidade da conduta.

Assim, pede que sejam considerados sete crimes na aplicação da continuidade delitiva e utilizados os cinco delitos restantes para elevação da pena-base.

Sobre a matéria, entendo que a reprovabilidade da conduta do apelante deve ser aferida em cada crime de sonegação fiscal por ele cometido, que no caso dos autos não ultrapassou os limites da norma penal.

Ademais, a continuidade delitiva na fração máxima de 2/3 (dois terços) é aplicável quando há ocorrência de sete crimes ou mais, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, razão pela qual se torna inviável a exasperação da pena-base com fundamento nos delitos excedentes, a fim de não se incorrer em *bis in idem*.

[...]

O acórdão não comporta reparos.

Mesmo na continuidade delitiva, a dosimetria é feita para cada crime que compõe a série da reiteração, de maneira independente, sendo que, nos termos expressos do art. 71 do Código Penal, aplica-se a pena de *um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso de um sexto a dois terços*. O fato de as penas terem sido fixadas em uma única operação, porque idênticas as circunstâncias judiciais, não retira a independência que cada delito da série criminosa tem em relação ao outro que dela também faz parte.

Tanto é assim que, nos termos expressos da Súmula 497/STF, o aumento decorrente no crime continuado não é computado quando da aferição do lapso prescricional.

Nesse contexto, a pretensão de que a quantidade de crimes que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excedem aqueles suficientes para aplicação da fração máxima da continuidade delitiva fosse utilizada para majorar as penas-base desrespeitaria o caráter único de cada delito que integra a continuidade delitiva e se mostraria flagrantemente contrária ao disposto no art. 71 do Código Penal. Somente seria possível se, no caso de crime continuado, nas três primeiras etapas da dosimetria, fosse fixada uma pena única para todos os delitos, o que não encontra guarida no Código Penal.

Ademais, para rever a conclusão do acórdão recorrido no sentido de não haver maior grau de reprovabilidade da conduta que justificasse a negatização da circunstância judicial da culpabilidade, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, descabida em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

Por fim, contudo, verifico a existência de ilegalidade flagrante, a ser reparada de ofício, por esta Corte Superior, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Consta expressamente na ementa do acórdão recorrido que as *declarações prestadas pelo acusado confirmam o dolo necessário para conduta delitiva* (fl. 300).

Ocorre que, segundo a orientação da Súmula 545/STJ, se o depoimento do réu foi utilizado como elemento para dar suporte à condenação, faz ele jus à aplicação da atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal, mesmo quando a confissão for parcial.

Passo ao redimensionamento das penas:

Mantém-se as penas-base no patamar de 2 anos e 3 meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea, reduzo-as ao mínimo legal de 2 anos de reclusão. Não há causas de aumento ou de diminuição. Pela continuidade da delitiva, majoro a reprimenda em 2/3, tornando a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **nego-lhe** provimento. **Concedo** *habeas corpus*, de ofício, para conceder a atenuante da confissão, ficando a pena redimensionada nos termos do presente voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0260436-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.561.223 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00722336920138070001 20130110722337 20130110722337RES

PAUTA: 16/08/2016

JULGADO: 16/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO : RODRIGO CARLOS OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL

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, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, concedendo, ainda, habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.