



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 398.763 - RJ (2013/0314624-6)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AGRAVANTE : JOÃO PERRI MACHADO DE PAIVA
ADVOGADO : ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. **1.** FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. **2.** AFRONTA AO ART. 59 DO CP. PENA-BASE EXACERBADA. PEQUENA PARTICIPAÇÃO, PRIMARIEDADE E ANTECEDENTES. TESES QUE EXIGEM REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. ENUNCIADO N. 7/STJ **3.** COMPLEXIDADE DA FRAUDE EMPREGADA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO LÍCITO. **4.** VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. CONDENAÇÃO RESULTANTE DA VALORAÇÃO DOS ELEMENTOS DE INQUÉRITO EM CONSÓRCIO COM AS PROVAS PRODUZIDAS NO CURSO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. **5.** CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. CRITÉRIO IDÔNEO. **6.** INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. DETALHAMENTO DA CONDUTA DO AGENTE. DIREITO DE DEFESA DA PARTE GARANTIDO. **7.** AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. A pretexto da violação do art. 59 do Código Penal, pretende o agravante provocar a reanálise das circunstâncias judiciais para a fixação de uma pena-base que julgue adequada ao caso. A medida, entretanto, demanda a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que traz à baila a incidência do verbete sumular n. 7/STJ.

3. É possível o aumento da pena-base pela valoração da culpabilidade, quando demonstrada a maior reprovabilidade da conduta do agente pela alta complexidade da fraude empregada, pois a referida circunstância sobressai à elementar do tipo – reduzir contribuições previdenciárias e omitir a existência de segurado obrigatório.

4. As instâncias ordinárias, para lastrearem o decreto condenatório, não se utilizaram apenas dos elementos de inquérito policial, mas também de provas produzidas no curso da ação penal, motivo pelo qual não há violação ao art. 155 do Código de Processo Penal.

5. É firme o entendimento na Quinta Turma desta Corte de que a fração de aumento em razão da continuidade delitiva se deve em razão do número de infrações cometidas.

6. Não é inepta a denúncia que, observando os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, aponta de forma clara a conduta perpetrada pelo acusado, de modo a permitir-lhe o pleno conhecimento da imputação e o exercício do direito de defesa.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 398.763 - RJ (2013/0314624-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por João Perri Machado de Paiva, com fulcro nos arts. 258 e 259 do RISTJ, no intuito de ver reformada decisão monocrática da minha lavra, assim ementada:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AFRONTA AO ART. 59 DO CP. PENA-BASE EXACERBADA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. CONDENAÇÃO RESULTANTE DA VALORAÇÃO DOS ELEMENTOS DE INQUÉRITO EM CONSÓRCIO COM AS PROVAS PRODUZIDAS NO CURSO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. POSSIBILIDADE. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. DETALHAMENTO DA CONDUTA DO AGENTE. DIREITO DE DEFESA DA PARTE GARANTIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO ESPECIAL. (fl. 912)

Como visto, naquela ocasião, concluí pela impossibilidade de acolhida das pretensões do agravante, tendo em vista que reduzir a sua responsabilidade pelo delito, bem como rever a dosimetria da pena, incidiria, necessariamente, em reexame do contexto fático-probatório. Ressaltei, ainda, que não caracteriza violação ao art. 155 do Código de Processo Penal a sentença condenatória amparada na valoração conjunta de provas judicializadas e de elementos de inquérito. Por fim, ratifiquei a idoneidade do número de infrações cometidas, como critério balizador do aumento de pena decorrente da continuidade delitiva.

No presente recurso (fls. 928/931), o agravante afirma que a revisão da dosimetria da pena prescinde de reexame de provas. Destaca, com ênfase, que não há nos autos, quaisquer provas judicializadas para lastrear a condenação. Reitera, ainda, que era apenas advogado da sociedade empresária fiscalizada, não podendo, portanto, ser considerado responsável pela sonegação. Por fim, aduz que a decisão foi omissa quanto ao aumento pela continuidade delitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pugna, com fulcro nos argumentos expostos, pela reconsideração ou pelo provimento da irresignação no órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 398.763 - RJ (2013/0314624-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Não obstante os esmerados argumentos expendidos pelo agravante, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada:

Trata-se de agravo interposto por João Perri Machado de Paiva contra decisão do Vice Presidente do Tribunal de Regional Federal da 2ª Região que inadmitiu o seguimento do recurso especial.

Consta dos autos que o agravado foi condenado como incurso no art. 337-A do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa.

Interposta a apelação tanto pela defesa quanto pelo Ministério Público, o Tribunal de origem deu parcial provimento a ambos os recursos, nos seguintes termos:

PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INÉPCIA DENÚNCIA. NULIDADE SENTENÇA. AUSÊNCIA. AUTORIA PARCIALMENTE COMPROVADA. REPARAÇÃO DANOS. ART. 387, IV, DO CPP.

1. A imputação contida na denúncia não foi genérica, sendo precisa o suficiente para permitir a compreensão da conduta narrada e permitir ao apelante o exercício pleno da ampla defesa.

2. O julgador não está obrigado a analisar cada tese levantada pela defesa e acusação de forma pormenorizada, desde que na fundamentação da sentença demonstre a regularidade do processo, a autoria, a materialidade e o dolo na conduta do acusado.

3. A certeza da materialidade e a imputação da autoria delitiva ao apelante não foram baseadas unicamente em depoimentos colhidos durante o inquérito policial, mas nos documentos existentes nos autos e em seus apensos (todos submetidos ao contraditório) e no confronto entre os depoimentos das testemunhas ouvidas em Juízos e as declarações prestadas na fase inquisitorial.

4. Resta comprovado nos autos que o réu era responsável pela administração da empresa no período compreendido entre 08/2002 e 10/2004. Com relação às competências anteriores, não há prova contundente de sua autoria.

5. Pena-base fixada dentro dos limites da proporcionalidade e razoabilidade para a reprovação suficiente da conduta.

6. Tendo em visa que as quantias sonegadas eram relativas à contribuições previdenciárias, o que torna o credor do prejuízo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSS, não cabe no presente a fixação da reparação do dano na sentença, na medida em que a autarquia executará o seu crédito de acordo com as regras da execução fiscal. Há falta de interesse na constituição de um título executivo judicial para tal fim.

7. Recursos do Ministério Público Federal e do réu parcialmente providos.

Inconformada, a defesa interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, no qual alega violação aos arts. 41, 155, 239 e 382 do Código de Processo Penal e aos arts. 29, 51 e 71 do Código Penal. Sustenta que:

I) no momento da fixação da pena-base o magistrado não levou em consideração a alegada participação ínfima do agravante na consecução do delito, assim como sua primariedade e seus bons antecedentes, como também, teria utilizado o núcleo do tipo penal para exacerbar a culpabilidade;

II) teria havido omissão do Tribunal de origem no julgamento de questões ditas relevantes para a defesa;

III) a condenação teria sido baseada somente em provas colhidas no inquérito policial, e que estas não teriam passado pelo contraditório e ampla defesa;

IV) apesar da redução do período relativo à dita supressão de contribuições previdenciárias, a fração em razão da continuidade delitiva foi majorada, ao invés de reduzida, como julga ser o correto;

V) a inicial seria inepta ante a uma suposta ausência de especificações das condutas delituosas praticadas pela parte.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 868/872, e o Tribunal local negou seguimento ao recurso especial às fls. 874/875, por entender que as questões levantadas demandam revolvimento do conjunto fático-probatório, incidindo assim o enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Em seu agravo, alega que a insurgência não demanda revolvimento do conjunto fático probatório, por tratar-se, somente, de matéria de natureza jurídica.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 908/910, pelo não provimento do agravo.

Brevemente relatado, decido.

Inicialmente, com relação à alegada exacerbação da pena-base fixada a sentença de primeiro grau assim se pronunciou (fls. 712/713):

A culpabilidade do acusado deve ser desfavoravelmente considerada, eis que, para a obtenção do resultado pretendido, se utilizou da constituição fraudulenta de sociedade já há longa data em nome de pessoas interpostas ("laranjas"), uma das quais, inclusive, figurou como ré nesse processo. Some-se a isso, ainda, o fato de se tratar de advogado (fl. 573), cujo conhecimento técnico da lei e das possíveis consequências de seu descumprimento impõem ainda maior rigor em sua observância. As consequências do delito, por sua vez, ostentam significativa relevância, tendo em vista que o montante atualizado do débito perfazia R\$503.610,59 já em 02/2005 (Apenso II, fl. 01), apenas se considerando o montante da NFLD



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 37.796.919-7, ainda pendente de pagamento. Nada há nos autos acerca dos motivos ou da sua conduta social do réu que influenciem na fixação da pena. O acusado não apresenta maus antecedentes, eis que absolvido no processo referido na fl. 434 e arquivado o inquérito de fl. 511, conforme FACs juntadas as autos.

Dessa forma, entendo como necessária e suficiente a fixação da respectiva pena-base um pouco acima do mínima legal, ou seja, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, converto em provisória a pena-base.

Ante o reconhecimento da continuidade delitiva (art.71, *caput*, CP), por serem vários os fatos criminosos praticados - entre DEZEMBRO/2000 e OUTUBRO/2004 - incorrendo o réu em 46 meses de continuidade delitiva, majoro as penas respectivas em 1/3 (um terço), obtendo-se o total de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Justifica-se o acréscimo acima do mínimo legal com esteio no considerável número de infrações praticadas em continuidade, conforme entendimento de nossa Suprema Corte de que "tanto quanto possível a fixação do aumento deve decorrer do critério objetivo referente ao número da infrações"(STF - HC 69.033-5 - Rel. Min. Marco

Aurélio de Mello — DJU de 13.3.92, p. 2925).

Não havendo outras causas de aumento ou de diminuição, torno definitiva as penas em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de 40 (quarenta) dias-multa.

É de se observar que o agravante pretende, a pretexto da violação dos artigos invocados, a reanálise das circunstâncias judiciais para a fixação de uma pena-base que julgue adequada ao caso. A medida, entretanto, demanda a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que traz a baila a incidência da Súmula 7 desta Corte.

Outro não se mostra o posicionamento adotado por este Superior Tribunal, confirmam-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AFRONTA AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO, DE OFÍCIO, PARA APLICAR A SÚMULA 443 DESTA CORTE.

1. Rediscutir a dosimetria da pena demandaria, necessariamente, o reexame dos fatos e das provas produzidas nos autos, o que é inviável na via eleita. Incidência do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

3. Concessão de *habeas corpus* de ofício, para, em observância ao enunciado 443/STJ, reduzir a reprimenda para 9 anos e 4 meses de reclusão.

(AgRg no Ag n.º 1.257.549/MS, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2011, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

31/8/2011)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu - condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado -, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

2. Toda custódia cautelar, inclusive a proferida por ocasião da prolação da sentença condenatória sem trânsito em julgado, somente poderá ser implementada com os devidos fundamentos, nos termos dos arts. 312 e 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n.º 11.719/2008.

3. Na espécie, a manutenção da constrição cautelar encontra-se suficientemente fundamentada em razão das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública. Precedentes.

4. Ordem denegada, cassada a liminar parcialmente deferida, salvo se o Paciente preencher os requisitos para progredir para o regime semiaberto.

(HC n.º 207.217/SP, Rel. MIN. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 6/10/2011, DJe 14/10/2011)

Mesmo que assim não fosse, é de se ressaltar que, no caso, as instâncias anteriores fixaram a pena-base acima do mínimo legal, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tendo em vista que nem todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis.

Nesse contexto, ao se considerar o mínimo e o máximo de pena abstratamente cominada ao delito, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, não há que se falar em exacerbação da reprimenda aplicada, a merecer qualquer correção por esta Corte. Este Tribunal já firmou entendimento de que somente deve intervir para alterar a pena fixada quando se evidenciar manifesta irrisão ou exorbitância, o que não se vislumbra no caso em comento.

No que se refere a suposta omissão da Corte estadual na análise de pontos ditos relevantes para a defesa, razão não assiste ao agravante. Individualmente, quanto à

I) alegação de inexistência das condutas nucleares do tipo penal do artigo 337-A do CP, foi assim decidido (fls. 813/815):

Ainda em sede de preliminar, busca o apelante o reconhecimento da nulidade da sentença, sob o argumento de que uma das principais teses defensivas – a inexistência das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condutas nucleares do tipo penal do art. 337-A do CP por ter sido o crédito tributário constituído por arbitramento – foi ignorada pelo magistrado, o que representa violação ao art. 382 do CPP.

Primeiramente, aponto que o julgador não está obrigado a analisar cada tese levantada pela defesa e acusação de forma pormenorizada, desde que na fundamentação da sentença, demonstre a regularidade do processo, a autoria, a materialidade e o dolo na conduta do acusado, como ocorreu no caso em tela.

Ademais, ao afirmar a existência de crédito tributário constituído, o Juízo *a quo* já afastou a tese apresentada pela defesa, pois as autuações sofridas pela empresa TEKNYCS foram julgadas procedentes pela Previdência Social (fls. 29/31 do Apenso I e fl. 236 do Apenso II). Desta forma, restaram caracterizadas as condutas de omitir da folha de pagamento segurados empregados e de omitir fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

Para que não restem dúvidas quanto a ausência de omissão na sentença ora impugnada, transcrevo trechos da mesma que julgo pertinente:

“Inicialmente, registro que não há nos autos qualquer notícia da impugnação administrativa ainda pendente a respeito dos créditos tributários decorrentes da ação fiscal que apurou a sonegação do tributo, nem de eventual inclusão em regime de parcelamento administrativo, de forma que, nos termos do entendimento firmado pelo e. STF (ADI nº 1.571/DF) inexistiu óbice ao exercício da ação penal.

(...)

Investigando os elementos constitutivos do tipo penal em tela, extrai-se bastar à configuração do delito o dolo genérico, consistente na vontade de concretizar a evasão tributária (STF, AP 516, rel. min. Ayres Brito). Consuma-se o crime do art. 337-A com a supressão ou redução da contribuição previdenciária, por qualquer das condutas narradas nos seus incisos.

A materialidade se encontra delineada pela constatação definitiva pela autoridade fiscal da supressão de contribuições previdenciárias, fato gerador da lavratura da NFLD nº 35.796.919-7, assim como dos Autos de Infração nº 35.796.920-0, 35.796.921-9, 35.796.922-7 e 35.796.923-5 (Apenso I e II, anexos).

Registro, por oportuno, que sobre tais créditos inexistiu qualquer questionamento administrativo ou judicial que afaste ou ao menos implique mínima relativização da presunção de legitimidade do ato definitivo de sua constituição pela autoridade fiscal competente.

Esclareço, por oportuno, que não cabia ao Juízo sentenciante analisar a correção do levantamento do débito por arbitramento mediante aferição indireta do valor dos salários com base nas notas fiscais emitidas, pois tal questionamento deveria ter sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apresentado perante a Receita Previdenciária ou perante o foro competente para dirimir as questões tributárias.

II) não observância do artigo 29 do CP (fl. 842):

Ademais, em nenhum momento do julgamento das apelações interpostas contra a sentença que condenou o ora embargante foi afirmado que o referido teve participação de menor importância. O trecho transcrito nas razões dos embargos de declaração apenas afirma que o pai do embargante, enquanto vivo, era o maior responsável pela gestão da empresa, razão pela qual o ora embargante foi absolvido pela prática do delito de sonegação previdenciária no período entre 08/2002 a 10/2004. Com relação aos outros períodos, a autoria foi comprovada de forma contundente, conforme expresso no bojo do voto proferido.

III) não consideração da primariedade e dos bons antecedentes no momento da fixação da pena-base, assim como a utilização das ações do tipo para majorá-la(fl. 843):

Inexiste contradição no trecho do voto que manteve a pena-base fixada pelo magistrado de primeiro grau em razão da culpabilidade e das consequências negativas do delito não fazerem parte do elemento do tipo, pois tais circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis exatamente por ultrapassarem o esperado no delito do art. 337-A do CP, conforme resta fundamentado na sentença condenatória. (...)

Por fim, no tocante à suposta obscuridade, o embargante apresenta os mesmos argumentos relativos à alegada contradição, vez que pretende questionar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Ressalto, apenas, que a primariedade e os bons antecedentes não anulam nem compensam as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, já citadas no presente.

Não verifico, portanto, omissão a ser sanada.

Com relação à afirmação de que a condenação teria sido baseada somente em provas colhidas na fase inquisitorial, e que estas não teriam passado pelo contraditório e ampla defesa, extrai-se dos autos que *"a certeza da materialidade e a imputação da autoria delitiva ao apelante não foram baseadas unicamente em depoimentos colhidos durante o inquérito policial, mas nos documentos existentes nos autos e em seus apensos (todos submetidos ao contraditório) e no confronto entre os depoimentos das testemunhas ouvidas em Juízos e as declarações prestadas na fase inquisitorial"* (fl. 815).

Não se caracteriza, portanto, contrariedade ao art. 155 do Código de Processo Penal, pois a condenação foi lastreada tanto em provas judicializadas quanto naquelas apuradas na fase de instrução, sendo certo afirmar que o dispositivo ora questionado veda apenas a condenação fundada, exclusivamente, em elementos colhidos na investigação.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO EM PROVAS EXTRAJUDICIAIS E JUDICIAIS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ANÁLISE. CONTEÚDO. SUFICIÊNCIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL. QUESTÃO QUE DEVE SER APRECIADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. As instâncias ordinárias, para lastrearem o decreto condenatório, não se utilizaram apenas das provas colhidas no inquérito policial, mas também lançaram mão de outras produzidas em juízo, motivo pelo qual não há violação do art. 155 do Código de Processo Penal.

(...)

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 79.975/SP, Rel. o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, SEXTA TURMA, DJe 29/05/2013)

Quanto ao aumento da fração em razão da continuidade delitiva apesar da minoração do período relativo à condenação, foi decidido que, *"apesar da redução do período relativo à condenação pela prática da sonegação previdenciária neste julgamento, em virtude da ausência de comprovação de autoria com relação ao período compreendido entre 11/2000 a 07/2002, o número de infrações cometidas é mais do que suficiente para aplicar a fração de ½ (metade) para fins de aumento da pena em razão da incidência do art. 71 do CP"* (fl. 818). É firme o entendimento na Quinta Turma desta Corte de que a fração de aumento em razão da continuidade delitiva se deve em razão do número de infrações cometidas, o que no caso não pode ser mensurado, pois as condutas delitivas perduraram no tempo durante os anos de 2002 a 2004. Estando o acórdão recorrido, portanto, em harmonia com a jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOLO GENÉRICO. DESNECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DO ANIMUS REM SIBI HABENDI. EXCLUDENTE DE CRIMINALIDADE. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. VERBETE SUMULAR N.º 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REDUÇÃO DO QUANTUM DA PENA DE MULTA E DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ÓBICE DO VERBETE SUMULAR N.º 7 DESTA CORTE SUPERIOR. FRAÇÃO DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. LEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O dolo do crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e das formas legais, não se exigindo o animus rem sibi habendi, sendo, portanto, descabida a exigência de se demonstrar o especial fim de agir ou o dolo específico de fraudar a Previdência Social, como elemento essencial do tipo penal.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade delitiva deve levar em conta o número de infrações cometidas. No caso, considerando que foram praticadas 27 condutas delitivas, como reconheceu o Tribunal a quo, mostra-se adequado o acréscimo pela continuidade delitiva na fração máxima de 2/3. No entanto, diante da inexistência de recurso ministerial, se restabelece a fração de 1/2, fixada pelo Juízo de primeiro grau.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp nº 1.217.274/RS, relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 13/03/2013)

Por fim, no que diz respeito à inépcia da inicial ante a uma suposta ausência de especificações das condutas delituosas praticadas pela parte, o Tribunal de origem assim se manifestou (fls. 812/813):

A simples leitura do aditamento da denúncia de fls. 290/292 afasta a alegação de inépcia, tendo em vista a referência clara ao fato criminoso e a suas circunstâncias, restando perfeitamente delineada a conduta do réu, com a indicação dos elementos que demonstram, no entendimento da acusação, que o apelante era responsável de fato pela administração da empresa.

Com efeito, a imputação contida na denúncia não foi genérica, sendo precisa o suficiente para permitir a compreensão da conduta narrada, como se extrai do trecho que ora transcrevo:

“no período de 11/2000 a 10/2004 o denunciado JOÃO PERRI MACHADO DE PAIVA, na condição de um dos administradores de fato da empresa TEKNICS (...), reduziu contribuições devidas à Previdência Social, mediante omissão de remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados, haja vista a diferença entre o valor declarado em Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIPs pela empresa e a apurada mediante aferição indireta (...)

Frise-se que, embora o denunciado não constasse no contrato social como sócio, é certo que exercia a administração de fato da empresa TEKNYCS TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., conforme se depreende dos elementos coligidos nos autos, corroborados pela documentação anexa (...)

Ocorre que, às fls. 51-53, consta Contrato de Prestação de Serviços firmado no ano de 2002 entre a empresa TEKNYCS TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. e o SEBRAE-RJ, com timbre do GRUPO EMPRESARIAL TK no documento. Ao final do contrato, verifica-se a existência de assinatura do representante da empresa, idêntica à firma de JOÃO PERRI MACHADO DE PAIVA nos documentos referentes à Auditoria Fiscal, evidenciando, assim, que já naquela data o denunciado atuava como administrador de fato da empresa (...)

Assim, foram dados ao apelante todos os instrumentos para o exercício pleno da ampla defesa, o que ocorreu efetivamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como demonstram as peças processuais produzidas pela defesa nos autos, nas quais é nítido o pleno conhecimento dos fatos descritos na inicial.

Esta Corte entende que sendo a exordial clara e com a descrição detalhada das condutas praticadas pelo acusado, como no caso em análise, não pode esta ser considerada inepta, pois preenchidos todos os requisitos do artigo 41 do CPP, possibilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO MEDIANTE FRAUDE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INICIAL REJEITADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. DECISÃO CASSADA EM SEDE DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DO DELITO QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Não é inepta a denúncia que, embora sucinta, descreve a existência do crime em tese, bem como a participação dos acusados, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, possibilitando-lhes o pleno exercício do direito de defesa.

2. Ademais, trancar a ação penal após a prolação de sentença condenatória, reconhecendo a inépcia da denúncia implica desconstituir todo o material probatório utilizado para fundamentar a condenação, reconhecendo que não existe elemento indiciário para justificar a ação penal julgada procedente pelo Juiz de primeiro grau, o que não se admite.

3. Habeas corpus denegado. (HC 237.773/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013)

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, inciso II, alínea **b**, do Código de Processo Civil, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso especial.

Registre-se, por oportuno, que nos termos da jurisprudência desta Corte, os elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de **bis in idem**.

Contudo, no caso, o MM. Juiz de primeiro grau justificou, corretamente, o aumento da pena-base do agravante, pela valoração da culpabilidade, pois devidamente demonstrada a maior reprovabilidade da conduta pela alta complexidade da fraude empregada, circunstância que sobressai à elementar do tipo – suprimir ou reduzir contribuição.

Nesse sentido, o seguinte excerto da sentença:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A culpabilidade do acusado deve ser desfavoravelmente considerada, eis que, para a obtenção do resultado pretendido, se utilizou da constituição fraudulenta de sociedade empresária há longa data em nome de pessoas interpostas ("laranjas") uma das quais, inclusive, figurou como ré nesse processo. Some-se a isso, ainda, o fato de se tratar de advogado, cujo conhecimento técnico da lei e das possíveis consequências de seu descumprimento impõem ainda maior rigor em sua observância.

Corroborando o entendimento adotado:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE: 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. TOTAL CONCRETIZADO: 4 ANOS, 5 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE DA CONSIDERAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES DO STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM PELA UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS DO TIPO PARA ELEVAR A PENA-BASE. CULPABILIDADE, TODAVIA, QUE SE REVELA MESMO INTENSA. DIVERSOS TIPOS DE FRAUDE E POR LONGO PERÍODO. AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA EM 2/3 JUSTIFICADO. ELEVADO NÚMERO DE INFRAÇÕES (MAIS DE 200). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM, PORÉM, PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SOMENTE PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO, ANULAR A SENTENÇA NO PONTO EM QUE FIXOU A SANÇÃO PENAL, PARA QUE SE PROCEDA A NOVO APENAMENTO, COM OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS, MANTIDA A SITUAÇÃO PROCESSUAL DO PACIENTE.
(...)

4. Justifica-se o aumento da pena-base, porquanto utilizadas diferentes condutas fraudulentas e por longo período (4 anos), com a finalidade de iludir o fisco, o que demonstra intensa culpabilidade.

De fato, ao meu sentir, aquele que reitera no cometimento do ilícito tributário, por meio de diversos tipos de fraude, demonstra dolo intenso na consecução do intento criminoso e, por isso, deve ter aumentado o desvalor de sua culpabilidade.

(...) (HC 115.951/SC, Rel. o Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, QUINTA TURMA, DJe 02/08/2010)

Imperioso mencionar, por fim, que ao contrário do sustentado no regimental, a decisão agravada tratou do aumento decorrente da continuidade delitiva, destacando, expressamente, que o número de infrações cometidas é critério idôneo para lastrear o aumento de pena, não havendo, portanto, razão para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se:

Quanto ao aumento da fração em razão da continuidade delitiva apesar da minoração do período relativo à condenação, foi decidido que, *"apesar da redução do período relativo à condenação pela prática da sonegação previdenciária neste julgamento, em virtude da ausência de comprovação de autoria com relação ao período compreendido entre 11/2000 a 07/2002, **o número de infrações cometidas é mais do que suficiente para aplicar a fração de ½ (metade) para fins de aumento da pena em razão da incidência do art. 71 do CP**"* (fl. 818). É firme o entendimento na Quinta Turma desta Corte de que a fração de aumento em razão da continuidade delitiva se deve em razão do número de **infrações cometidas, o que no caso não pode ser mensurado, pois as condutas delitivas perduraram no tempo durante os anos de 2002 a 2004.** (fl. 919)

Assim, em face da ausência de qualquer subsídio capaz de alterar os fundamentos da decisão, subsiste incólume o entendimento nela firmado, não merecendo prosperar o presente recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0314624-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 398.763 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002117620054025106 200551060002112 2117620054025106 3112006 592005

EM MESA

JULGADO: 06/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOÃO PERRI MACHADO DE PAIVA
ADVOGADOS : VIRGÍNIA MARCONDES KOZLOWSKI
ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI
ALAN CUNHA MARCONDES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Sonegação de contribuição previdenciária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOÃO PERRI MACHADO DE PAIVA
ADVOGADO : ANDRÉ JOSÉ KOZLOWSKI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.