



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 253.889 - SP (2012/0234526-5)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**AGRAVANTE** : M F M P  
**ADVOGADO** : CARLOS DE FARIA KAUFFMANN E OUTRO(S)  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 384 DO CPP. *MUTATIO LIBELLI* EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF, 356/STF E 211/STJ. OFENSA AO ARTIGO 59 DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.
2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

### 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: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 11 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 253.889 - SP (2012/0234526-5)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**AGRAVANTE** : M F M P  
**ADVOGADO** : CARLOS DE FARIA KAUFFMANN E OUTRO(S)  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### RELATÓRIO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Trata-se de agravo regimental interposto por M F M P, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 384 DO CPP. *MUTATIO LIBELLI* EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF, 356/STF E 211/STJ. OFENSA AO ARTIGO 59 DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (fls. 1280/1285)

Sustenta a agravante, às fls. 1292/1304, que não haveria falar em ausência de prequestionamento da matéria, por entender "inconteste o necessário prequestionamento da matéria, haja vista a expressa advertência à ocorrência da *mutatio libelli* e sua impossibilidade em sede de apelação, nos exatos termos da Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal".

Outrossim, alega que "não há que se falar em nova análise do conjunto fático probatório", porquanto "basta a análise do v. acórdão para sopesar a procedência da irresignação da agravante neste ponto".

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 253.889 - SP (2012/0234526-5)

### EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 384 DO CPP. *MUTATIO LIBELLI* EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF, 356/STF E 211/STJ. OFENSA AO ARTIGO 59 DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.
2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

### VOTO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, nos termos do explicitado na decisão vergastada, no que tange a alegada afronta ao artigo 384 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que o Tribunal de origem procedeu a *mutatio libelli* em segunda instância, o que é vedado nos termos da Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal, constata-se que a referida tese jurídica não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não podendo, portanto, ser analisada por esta Corte Superior a mencionada contrariedade.

Assim, tem-se que, perquirir nessa via estreita sobre violação da referida norma, sem que se tenha explicitado a tese jurídica de que ora se controverte, seria frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância.

Ao ensejo, confira-se o teor do enunciado 282 da Súmula do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". No mesmo sentido, os enunciados 211 da Súmula do STJ e 356 da Súmula do STF.

É assente na Corte o entendimento no sentido de que é condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal, emitindo-se, sobre cada um deles, juízo de valor, interpretando-se-lhes o sentido e a compreensão. A propósito, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. CONTRARIEDADE AO ART. 159, CAPUT E § 1º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. 2. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 155, § 4º, II, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. EXISTÊNCIA DE FOTOS E TESTEMUNHOS. DINÂMICA DELITIVA FILMADA. MATERIALIDADE COMPROVADA. 3. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A ausência de apreciação pelo Tribunal local do conteúdo normativo do artigo tido por violado impede o exame da matéria por esta Corte Superior, pois, além de não se ter explicitado previamente a tese jurídica controvertida, não houve o preenchimento do requisito constitucional do prequestionamento. Inteligência dos enunciados nos 282 e 356, ambos da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. (...)

3. Recurso especial a que se nega provimento".

(REsp 1.392.386/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA Julgado em 03/09/2013, DJe 09/09/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 282/STF, POR ANALOGIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Restou consignado na decisão agravada que a prescrição arguida nos termos do art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32 não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, acarretando o vício de ausência de prequestionamento, o que inviabiliza o conhecimento da questão, nos termos da Súmula n.º 282/STF.

2. Ainda que a prescrição seja matéria de ordem pública, o seu conhecimento em sede de recurso especial exige o prequestionamento da matéria pela Corte de origem. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no REsp 850.516/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, Julgado em 20/08/2013, DJe 04/09/2013).

No que concerne ao malferimento do artigo 59 do Código Penal, ante o argumento de que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, embora as circunstâncias judiciais favoreçam a recorrente, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, se manifestou da seguinte forma (fls. 1068/1069):

"Quanto à reprimenda, embora a ré não possua antecedentes criminais, o *parquet* argumenta que o desfalque patrimonial produzido alcançou as



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cifras de R\$32.846,82 (trinta e dois mil, oitocentos e quarenta e seis reais e oitenta e dois centavos) e R\$530.139,13 (quinhentos e trinta mil, cento e trinta e nove reais e treze centavos).

Ocorre que referidos valores só foram alcançados em razão do largo tempo durante o qual perdurou a prática delituosa, sendo certo que a multiplicidade de condutas, ao longo do período referido na denúncia, repercute na pena precisamente no exame da continuidade delitiva.

É certo que a extensão do dano causado é importante para a fixação da pena-base, já que as consequências do delito integram o rol das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

Assim, na primeira fase do cálculo há de se tomar o fato mais grave, como tal entendido aquele em que ocorreu o maior dano; e, na terceira fase do cálculo, deve ser considerado o número de infrações para a quantificação do aumento pela continuidade delitiva.

*In casu*, o mês em que ocorreu a maior omissão de recolhimentos foi julho de 2003, quando as contribuições não pagas alcançaram o importe de R\$ 13.381,89 (treze mil, trezentos e oitenta e um reais e oitenta e nove centavos) (f. 101), equivalente, à época, a quase 45 (quarenta e cinco) salários mínimos (de R\$ 300,00, conforme Lei nº 11.164/2005).

Dúvida não há de que se trata de um valor expressivo: quase 45 (quarenta e cinco) salários mínimos de contribuições previdenciárias não pagas em um único mês.

Assim, o caso é de elevar-se a pena-base para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Não há atenuantes a considerar, não se tendo configurado a confissão espontânea, já que a ré procurou escusar-se da responsabilidade criminal invocando a tese-de inexigibilidade de conduta diversa. Também não há agravantes.

Igualmente não há causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, sendo caso, somente, de impor-se o aumento concernente à continuidade delitiva.

A vista do número de infrações indicadas na denúncia, bem como em sede de alegações finais do Ministério Público Federal (f. 722-732), questão devidamente enfrentada pela MM. Juíza de primeira instância, que aplicou o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, e observados, ainda, os critérios adotados pela Turma em casos semelhantes, aumento a pena em 1/5 (um quinto), equivalente a 6 (seis) meses de reclusão, resultando em **3 (três) anos de reclusão**".

Desse modo, é assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de elementos suficientes para embasar a condenação e fixar a pena-base adequada. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira instância recursal.

Desse modo, não é possível, em sede de recurso especial, acolher a pretensão do recorrente a fim de rever a dosimetria da pena e fixar a pena base no mínimo legal, pois demandaria reexame de fatos e provas, o que é vedado nos termos da Súmula nº 7 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Nesse sentido, confirmam os seguintes precedentes:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS DO DELITO PRATICADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. MENOR CORROMPIDO. FATOR IRRELEVANTE PARA A CONSUMAÇÃO.

1. O Tribunal de origem, a partir de elementos concretos do delito e de maneira objetivamente fundamentada, manteve a elevação da pena-base alcançada em primeiro grau. Reapreciar os parâmetros utilizados na dosimetria, implicaria a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, pretensão inviável nesta via especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.

2. (...)

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 308.224/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, Julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 60 E 317, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MALFERIMENTO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AO ART. 61 DO CPP. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. PLEITO PREJUDICADO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 301.111/AC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013).

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVA.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284 DO STF.

A pretensão de reformar a dosimetria da pena, exacerbada em face de circunstâncias judiciais afirmadas desfavoráveis, implica, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante a Súmula n.º 7 do STJ.

(...). Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no Ag 818.093/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, DJ 17/09/2007).

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO.

(...).

A pretensão de reformar a dosimetria da pena, exacerbada em face de circunstâncias judiciais afirmadas desfavoráveis, implica, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante a Súmula n.º 7 do STJ.

(...).

Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no Ag 518.123/GO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ 06/12/2004).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0234526-5      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **AgRg no AREsp 253.889 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 134013000128200422 200461260033243 33248920044036126 68445420088190042  
892009

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014  
SEGREDO DE JUSTIÇA

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

AGRAVANTE : M F M P  
ADVOGADO : CARLOS DE FARIA KAUFFMANN E OUTRO(S)  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita Previdenciária

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : M F M P  
ADVOGADO : CARLOS DE FARIA KAUFFMANN E OUTRO(S)  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

#### **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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.