



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no Ag no RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.472 - SC (2013/0052952-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : VALDEMAR JOSÉ BELLINI
ADVOGADO : CELSO ALMEIDA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 564, IV, DO CPP. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. VIOLAÇÃO AO ART 386, II E V, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*. POSSIBILIDADE. MALFERIMENTO AO ART. 71 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO JUSTIFICADO PELO NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AOS ARTS. 5º, LV, E 93, IX, AMBOS DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" (Súmula 126/STJ).
2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição. Incidência do óbice constante no enunciado 7 da Súmula deste STJ.
3. É cediço que não havendo modificação quanto ao fato descrito na exordial acusatória, assim como a hipótese presente, pode o magistrado dar nova classificação jurídica ao fato definido na denúncia ao prolatar a sentença (*emendatio libelli*), prescindindo de aditamento da peça exordial ou mesmo de abertura de prazo para a defesa se manifestar, já que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não dos dispositivos de lei indicados.
4. É pacífico na jurisprudência desta Corte o entendimento de que "o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações". (AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2012)
5. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. 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), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 19 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no Ag no RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.472 - SC (2013/0052952-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : VALDEMAR JOSÉ BELLINI
ADVOGADO : CELSO ALMEIDA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por VALDEMAR JOSÉ BELLINI, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou seguimento ao recurso especial, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 564, IV, DO CPP. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. VIOLAÇÃO AO ART 386, II E V, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*. POSSIBILIDADE. MALFERIMENTO AO ART. 71 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO JUSTIFICADO PELO NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AOS ARTS. 5º, LV, E 93, IX, AMBOS DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (fls. 2308/2317)

Sustenta o agravante, às fls. 2327/2353, que "é um grande equívoco negar seguimento a um recurso especial sob o fundamento de que suas razões estariam embasadas em norma constitucional! Pois toda norma infraconstitucional possui princípios norteadores que as regem e as interligam diretamente às normas constitucionais, e se assim não fosse, seriam estas normas infraconstitucionais também inconstitucionais!".

Além disso, assenta que "no caso em apreço ocorreu o cerceamento de defesa, o que fere o art. 155 do Código de Processo Penal, e também o art. 5º, LV, da Constituição".

Outrossim, alega que "no que se refere à autoria e à materialidade, grifa-se já de início que o Agravante não pretende o reexame de prova, mas sim a revisão dos fundamentos utilizados pelo juízo *a quo* que contrariam toda a instrução probatória realizada nos autos".

Ademais, aponta que "é completamente descabida a aplicação do inciso I do art. 12 da Lei 8.137/90, por não refletir o caso em grave dano à sociedade, bem como por não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ter sido o artigo citado da denúncia".

Por fim, pleiteia "seja a continuidade delitiva fixada em seu patamar mínimo, caso não reconhecidas as teses anteriormente postuladas"

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no Ag no RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.472 - SC (2013/0052952-4)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 564, IV, DO CPP. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. VIOLAÇÃO AO ART 386, II E V, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*. POSSIBILIDADE. MALFERIMENTO AO ART. 71 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO JUSTIFICADO PELO NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AOS ARTS. 5º, LV, E 93, IX, AMBOS DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" (Súmula 126/STJ).
2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição. Incidência do óbice constante no enunciado 7 da Súmula deste STJ.
3. É cediço que não havendo modificação quanto ao fato descrito na exordial acusatória, assim como a hipótese presente, pode o magistrado dar nova classificação jurídica ao fato definido na denúncia ao prolatar a sentença (*emendatio libelli*), prescindindo de aditamento da peça exordial ou mesmo de abertura de prazo para a defesa se manifestar, já que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não dos dispositivos de lei indicados.
4. É pacífico na jurisprudência desta Corte o entendimento de que "o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações". (AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2012)
5. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal.
6. Agravo regimental a que se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, nos termos do explicitado na decisão vergastada, no que concerne à suposta contrariedade ao artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, depreende-se da leitura dos autos que o acórdão recorrido, quanto ao ponto, assentou-se em fundamento de índole constitucional suficiente para mantê-lo, sem ter o recorrente rechaçado referido argumento.

De fato, o ora recorrente apenas interpôs o recurso de competência desta Corte, sem cuidar de discutir a matéria constitucional, referente ao fundamento pontuado pela Corte de origem, de que a sentença condenatória estaria devidamente fundamentada, nos termos do que dispõe o artigo 93, inciso IX, do Constituição Federal, por meio do manejo de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Destarte, aplica-se, ao caso, o conteúdo do enunciado 126 da Súmula deste colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário." A esse respeito, confira-se o posicionamento desta Corte Superior:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. COMPROVAÇÃO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPRESCINDIBILIDADE (SÚMULA 126/STJ). PEÇAS OBRIGATÓRIAS E NECESSÁRIAS. FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE DO AGRAVANTE. 1. É imprescindível a comprovação da interposição do recurso extraordinário, quando o acórdão recorrido assentar suas razões em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, cada um deles suficiente, por si só, para mantê-lo (Súmula 126/STJ). 2. Constitui responsabilidade exclusiva do agravante a correta formação do agravo de instrumento, com o traslado de todas as peças obrigatórias e necessárias. 3. Agravo regimental improvido". (AgRg no Ag 1011843/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 04/06/2012)

"PROCESSO PENAL. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. SÚMULA N. 126/STJ. INCIDÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. 1. Incide o disposto na Súmula n. 126/STJ quando o acórdão objurgado decide a lide com base em fundamentos infraconstitucionais e constitucionais, qualquer deles suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado, e a parte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não interpõe Recurso Extraordinário. 2. A comprovação da interposição do recurso extraordinário deve ser feita no momento da apresentação do agravo. 3. A demonstração posterior que foi apresentado o recurso ao Supremo Tribunal Federal não tem o condão de regularizar a deficiência na formação do instrumento. 4. Agravo regimental improvido". (AgRg no Ag 1348746/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 15/05/2012)

Ademais, destaque-se, por oportuno, que a violação ao artigo 155 do Código de Processo Penal, não foi alegada nas razões de recurso especial e não pode ser analisada nesta sede por constituir manifesta inovação recursal, inadmissível tanto em sede de agravo regimental quanto de embargos de declaração.

Outrossim, no que se refere à apontada negativa de vigência ao artigo 386, incisos II e V, do Código de Processo Penal, nos termos do apontado no *decisum* agravado, pretende o recorrente, ao pugnar por sua absolvição, rediscutir a suficiência probatória para a condenação, o que implicaria, inevitavelmente, incursão no bojo do arcabouço fático probatório, procedimento esse incabível nas vias excepcionais.

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição. 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 terceira instância recursal.

No mais, referida vedação encontra respaldo no enunciado nº 7 da súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". Confirmam-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"Homicídio culposo no trânsito (condenação). Absolvição (pedido). Súmula 7 (aplicação). Aplicação da pena (alegação de nulidade). Sentença (ausência). Peça essencial (caso). Agravo regimental (desprovimento)". (AgRg no Ag 1074182/SP, Rel. Min. NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJe 08/02/2010).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRISÃO EM FLAGRANTE. DEPÓSITO E GUARDA DE 26,5 GRAMAS DE COCAÍNA E DE 42,7 GRAMAS DE MACONHA. ARTIGO 12 DA LEI Nº 6.368/76. NEGATIVA DE AUTORIA. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL NÃO PREQUESTIONADA. SUMULAS 282 E 356/STF. 1. A absolvição do réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demandaria o revolvimento de matéria fático probatória, a atrair a Súmula 7/STJ. 2. (...). 3. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no Ag 1019194/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 22/06/2009).

"AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. CRIME DE PORTE DE ARMA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 386, V, DO CPP. REEXAME DE PROVAS. VERBETE SUMULAR Nº 07 DESTA CORTE. 1. A pretensão recursal de absolvição demanda, inevitavelmente, não simples valoração das provas dos autos, mas reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante o teor da Súmula n.º 7 do STJ. 2. (...). 3. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 1036610/RS, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, DJe 26/05/2008).

"AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDUTA CONFIGURADA. REEXAME DE PROVAS. VERBETE SUMULAR Nº 07 DESTA CORTE. DOSIMETRIA. EFEITO SUSPENSIVO. INCABÍVEL. 1. A pretensão recursal de absolvição demanda, inevitavelmente, não simples valoração das provas dos autos, mas reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante o teor da Súmula n.º 7 do STJ. 2. (...). 3. (...). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 900.551/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 24/03/2008).

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO AO ART. 386, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. 1. A alegação de violação ao art. 386, VI do CPP, envolvendo a existência de provas suficientes para a condenação depara com o óbice da Súmula 7 do STJ. 2. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 611539/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, DJ 16.05.2005).

Além disso, no que concerne à sustentada ofensa ao artigo ao artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, nos moldes do pontuado pela decisão recorrida, verifica-se que o Tribunal recorrido adotou entendimento que não destoa da jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça. Em verdade, a Corte *a quo* apontou que a contenda nos autos cuidava de hipótese de *emendatio libelli*, nos seguintes termos:

"Subsidiariamente, Valdemar José Bellini requereu a exclusão da agravante prevista no art. 12, I, da Lei 8.137/90, porque não contida na denúncia; a aplicação da fração mínima pela continuidade delitiva; e a redução do valor da pena pecuniária ao mínimo legal.

O pedido de exclusão da agravante não pode ser acolhido.

Com efeito, nada impede que o juiz, ao respeitar a correlação entre a denúncia (descrição dos fatos) e o decreto condenatório, dê definição jurídica diversa da capitulação inicial (*emendatio libelli*), *ex vi legis*.

É a velha máxima: *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito).

Verbera o art. 383 do Código de Processo Penal: 'O juiz poderá dar ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha que aplicar pena mais grave'.

Na hipótese vertente, em conformidade com a denúncia, a conduta imputada aos acusados é a de sonegação fiscal da importância de R\$ 1.357.169,20 (um milhão trezentos e cinquenta e sete mil cento e sessenta e nove reais e vinte centavos), a qual, sem dúvida, configura grave dano à coletividade.

Desse modo, considerando que o réu se defende dos fatos narrados na exordial acusatória e não da classificação jurídica que lhe foi conferida, possível a correção da capitulação do delito pelo juiz, com o reconhecimento da agravante prevista no art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90". (fls. 2161/2162)

Dessa forma, observa-se que o entendimento adotado pelo Tribunal recorrido guarda fina sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, é assente que não havendo modificação quanto ao fato descrito na exordial acusatória, assim como a hipótese presente, pode o magistrado dar nova classificação jurídica ao fato definido na denúncia ao prolatar a sentença (*emendatio libelli*), prescindindo de aditamento da peça exordial ou mesmo de abertura de prazo para a defesa se manifestar, já que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não dos dispositivos de lei indicados. Confirmam-se, neste sentido, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 284 DA SUPREMA CORTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 384, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. (...). 2. (...). 3. Em nosso sistema processual penal, o réu defende-se da imputação fática, e não da *imputatio iuris*, sendo, portanto, possível que o magistrado dê nova definição jurídica ao fato narrado na denúncia. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 915.517/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. ALEGAÇÃO DE *MUTATIO LIBELLI*. NÃO-OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO QUE APENAS ALTEROU A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA CONDUTA. FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. *EMENDATIO LIBELLI* (ART. 383 DO CPP). RECURSO IMPROVIDO. 1. É pacífico na Jurisprudência desta Corte que, se os fatos narrados na denúncia, de forma explícita ou implícita, autorizam a nova definição jurídica, ocorre a *emendatio libelli* e não a *mutatio libelli*, tendo em vista que o réu se defende da imputação fática e não da *imputatio iuris*. 2. Na espécie, não vislumbro a necessidade de aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, por não se tratar da hipótese de *mutatio libelli*. Apesar do delito previsto no art. 304 do Código Penal não ter sido capitulado na denúncia, encontra-se implicitamente nela descrito. 3. (...). 4. Recurso especial improvido". (REsp 566.171/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ 03/04/2006).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*. ART. 383 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. I - O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória e não da capitulação jurídica dada na denúncia. II - Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto pela sentença quanto em segundo grau, via *emendatio libelli*. III - Mesmo havendo recurso exclusivo da defesa, não causa prejuízos ao réu o fato de o Tribunal adequar a capitulação para o delito de roubo majorado tentado, tendo o réu sido condenado em primeira instância por roubo majorado consumado. Recurso provido". (REsp 1000581/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 20/10/2008)

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIA QUE CLASSIFICA O DELITO COMO ROUBO TENTADO. CONDENAÇÃO POR ROUBO CONSUMADO. ALEGAÇÃO DE *MUTATIO LIBELLI*. INOCORRÊNCIA. FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. *EMENDATIO LIBELLI* CARACTERIZADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA. Não configura *mutatio libelli* atribuir capitulação legal diversa a fato descrito na denúncia. A nova classificação jurídica que o Magistrado conferiu aos fatos narrados não configura *mutatio libelli*, mas *emendatio libelli*, pois traduz simples correção da capitulação legal. O juiz pode dar ao fato descrito na denúncia definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, deva aplicar pena mais grave (art. 383 do CPP). No processo penal, o sujeito passivo da relação processual defende-se dos fatos a ele imputado na peça acusatória, e não de sua capitulação jurídico-legal. Ordem DENEGADA. (HC 44.218/PR, Rel. Min. PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ 03/10/2005).

De igual modo, no que se refere à aventada contrariedade ao artigo 71 do Código Penal, nos moldes do explanado na decisão impugnada, verifica-se que o raciocínio jurídico desenvolvido pela Corte de origem está em plena sintonia com a jurisprudência deste STJ sobre o tema. De fato, a respeito da matéria, assim manifestou-se o Tribunal *a quo*:

"Quanto à fração pela continuidade delitiva, igualmente não merece reparo a sentença.

Considerando a comprovação nos autos da falsificação de seis notas fiscais pelo apelante Valdemar, conforme se infere do laudo pericial (fl. 60), incorreu ele seis vezes nas sanções do art. 1º, inciso III, da Lei 8.137/90. Pela inserção de valores inexatos e omissão de operações nos livros exigidos pela lei fiscal, incidiu pelo menos uma vez nas sanções do art. 1º, incisos II e IV, do mesmo diploma.

Sendo assim, o número de delitos corresponde a sete, o que, na linha de entendimento desta Corte (Apelação Criminal n. 2003.011233-2, de Ituporanga, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 02/09/2003), autoriza a aplicação da fração de 2/3 (dois terços) pela continuidade delitiva, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão objurgada, neste ponto". (fl. 2162)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao ponto, colhe-se dos autos que o Tribunal de origem fixou o percentual da fração da continuidade delitiva em razão do número de infrações praticadas pelo recorrente. Neste contexto, constata-se que o entendimento adotado pela instância *a quo* possui fina ressonância na jurisprudência pacífica deste STJ, no sentido de que "o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações" (AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2012), assim como ocorreu no caso presente. No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MINUCIOSA DAS CONDUTAS PRATICADAS PELOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ÔNUS DA PROVA DA DEFESA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA 07/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO DE EXASPERAÇÃO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. IDONEIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. A jurisprudência deste Tribunal Superior prega ser idônea a utilização do critério do número de infrações praticadas para sopesar o percentual de aumento fundado no crime continuado (art. 71, caput, do CP). 5. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 1178817/SC, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe 03/11/2011)

"HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE DEFESA. ADVOGADO SUSPENSO PELA OAB. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO DE AUMENTO. NÚMERO DE CRIMES. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. (...). 6. (...). 7. Uma vez reconhecida a continuidade delitiva, é razoável a aplicação do percentual de aumento previsto no art. 71 do Código Penal, tendo por critério o número de crimes. Na hipótese, a pena foi aumentada em 2/3 em razão dos mais de 7 delitos cometidos. 8. Ordem denegada". (HC 173.126/ES, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 31/08/2011)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ROUBO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. DOIS CRIMES. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. PERCENTUAL DE 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA INCIDENTER TANTUM PELO SUPREMO TRIBUNAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS A SEREM EXAMINADOS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I. (...). II. O aumento da pena pela continuidade delitiva, quanto ao caput do art. 71 do Código Penal, se faz, basicamente, por força do número de infrações praticadas. Qualquer outro critério, subjetivo, viola o texto legal enfocado. Precedentes. III. (...). IV. (...). V. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do relator". (HC 140.950/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 17/08/2011)

Aplicável, portanto, no que concerne à suposta ofensa aos artigos 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, e 71 do Código Penal, a orientação prevista no enunciado nº 83 deste Superior Tribunal, *verbis*: "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Por fim, assim como ressaltado na decisão recorrida, no que se refere à sustentada contrariedade aos artigos 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, tem-se que não é o recurso especial a sede própria para o desate da controvérsia, porquanto a análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação constitucional. Confirmam-se os precedentes:

"DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 41 E 386, III, DO CPP. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO ESPECÍFICO DA CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. 1. Não é possível a esta Corte a análise de ofensa a dispositivo constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso. 2. (...). 3. (...). 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 1111847/TO, Rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, DJe 18/10/2010).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍCIOS INEXISTENTES. PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. PAUTA. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. 1. (...). 2. (...). 3. A violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, não pode ser apreciada em sede de recurso especial. 4. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no Ag 1041767/PR, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, DJe 20/10/2008).

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE SE REDISCUTIR A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIDE. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A TEXTO CONSTITUCIONAL. NÃO-CABIMENTO. REJEIÇÃO. 1. (...). 2. Ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial e, por decorrência lógica, em embargos de divergência, não compete a análise de contrariedade ao texto constitucional. 3. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg nos EAg 723.222/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, Dje 17/10/2008).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0052952-4

AgRg no Ag no
REsp 1.367.472 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 033010222335 20100875185 20100875185000100 20100875185000202

EM MESA

JULGADO: 19/08/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: VALDEMAR JOSÉ BELLINI
ADVOGADO	: CELSO ALMEIDA DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVANTE	: JUÇA BENVENUTTI DALMOLIN
ADVOGADO	: PEDRO HENRIQUE BELLAVER E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU	: SUITBERTO RUSSI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: VALDEMAR JOSÉ BELLINI
ADVOGADO	: CELSO ALMEIDA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.