



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.842 - SP (2012/0268252-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : SÉRGIO LUIZ BERGAMINI

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ART. 12, I, DA LEI N. 8.213/90. IMPUTAÇÃO NA DENÚNCIA. ELEVADO VALOR SONEGADO. REVELADOR DO DANO. MAJORAÇÃO DAS AGRAVANTES DO ART. 61, I E II, DO CP. DESPROPORCIONALIDADE. RECURSO MINISTERIAL. POSSIBILIDADE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. O réu se defende dos fatos narrados e não da tipificação a ele atribuída, razão pela qual o magistrado pode reconhecer a existência da majorante prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/90, descrita diretamente na denúncia, ainda que dela não conste esse expressa tipificação legal.
3. *In casu*, o valor sonegado, descrito na denúncia, é fato expressamente (nem sequer implicitamente) revelador do grave dano causado à ordem econômica e que permite a incidência da causa especial de aumento, sem que haja qualquer ferimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório.
4. Tendo sido alegado, em recurso de apelação, a desproporcionalidade na fixação do *quantum* de aumento das agravantes do art. 61, I e II, do CP, mostra-se cabível a majoração.
5. *Habeas corpus* não conhecido e, por maioria, afastada a concessão da ordem de ofício.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido de habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, e por maioria, rejeitar a proposta de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão, vencidos, neste ponto, o Sr. Ministro Relator e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente). Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) quanto ao não conhecimento da ordem.

Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro as Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura quanto à rejeição da proposta de concessão da ordem de ofício.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator p/acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.842 - SP (2012/0268252-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO E OUTROS
ADVOGADO : FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : SÉRGIO LUIZ BERGAMINI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

SÉRGIO LUIZ BERGAMINI, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao recurso do *parquet* (Apelação n. 0002856-50.2002.4.03.6109).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 1º, I, II e IV, da Lei n. 8.137/90, combinado com os arts. 29 e 71 do Código Penal, à pena de 2 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

O Ministério Público apelou e o Tribunal Regional Federal, ao dar parcial provimento ao recurso, elevou a pena para 4 anos, 10 meses e 1 dia de reclusão, em regime semiaberto, e multa, reconhecendo a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/90.

Inconformada com a nova condenação, a defesa interpôs recurso especial, ao qual foi negado seguimento. Diante da negativa, a defesa interpôs agravo em recurso especial, que foi julgado intempestivo por este Superior Tribunal de Justiça.

Verifico que, em 13.12.2012, foi impetrado *habeas corpus* em favor do paciente, alegando a existência de constrangimento ilegal.

Para tanto, afirma que, "ao dar provimento ao recurso ministerial, houve por bem aplicar a causa especial de aumento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/90, que não havia sido objeto da denúncia, e sobre a qual, portanto, o paciente não exerceu a ampla defesa e o contraditório, em patente violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença" (fl. 18).

Alega, ainda, "ausência de fundamentação do v. acórdão ora guerreado (docs. 8 e 10), que, ao fixar a pena corporal do ora paciente, exasperou em 1/6 para cada uma das agravantes genéricas previstas no art. 62, I e II, do Código Penal, sob a mesma fundamentação empregada pelo MM Juízo sentenciante ('por identidade de razões'), com manifesta violação da garantia da motivação das decisões judiciais" (fl. 18).

Em 17.12.2012, a liminar foi indeferida pela então relatora do processo, Desembargadora-Convocada Alderita Ramos de Oliveira (fl. 220/222).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 414/417, pela **denegação** da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.842 - SP (2012/0268252-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 12, I, DA LEI N. 8.137/90. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA. MENÇÃO EXPRESSA AO PREJUÍZO CAUSADO. INSUFICIÊNCIA. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DE PENA EM SEDE DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A menção expressa ao montante do prejuízo levado aos cofres públicos não supre a ausência de narrativa, na denúncia, da circunstância fática que reclama a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 12, I, da Lei n. 8.137/90.
2. Não é lícito ao tribunal, no julgamento da apelação, majorar a pena do réu sem, contudo, indicar fundamentação concreta que demonstre ser o aumento da reprimenda necessário e suficiente para a reprovação da conduta delituosa.
3. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para restabelecer a sentença condenatória.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (RELATOR):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

I.

No que tange à causa especial de aumento de pena prevista no art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/90, narra a denúncia que (fls. 40/41):

Da ação fiscal pela Delegacia da Receita Federal em Limeira - SP através do procedimento administrativo n. 108865.000195/00-17, relativo ao período supramencionado, restou constatado o intuito doloso dos acusados de eximirem-se do pagamento do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, ante a falsidade dos dados escriturados que geraram, que não traduziram os reais resultados da conta corrente fiscal, culminando com a lavratura do Auto de Infração de fls. 12, restando apurado créditos no valor de R\$ 28.711.730,71 (vinte oito milhões, setecentos e onze mil, setecentos e trinta reais e setenta e um centavos).

Os denunciados, ao eximirem-se do pagamento de IPI, ante a falsidade dos dados escriturados que geraram, inseriram na prática de crime contra a ordem tributária insculpido no artigo 1º, incisos I, II e IV da Lei n. 8.137/90.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal denuncia Arthur Minniti Filho, Sérgio Luiz Bergamini, Nicolau Bartholomeu Netto e Arnaldo Nicolau Minniti, como incursos nas sanções do artigo 1º, incisos I, II e IV c.c. artigos 29 e 71, ambos do Código Penal, requerendo seja instaurada a ação penal, sejam citados os acusados para oferecimento da defesa que tiverem e para acompanhamento de todos os atos do processo, até final condenação.

Constato que a denúncia **nada mencionou a respeito da causa de aumento de pena descrita no artigo 12, inciso I, da Lei n. 8.137/90**, e, embora conste, nominalmente, o montante do prejuízo levado aos cofres públicos, no valor de R\$ 28.711.730,71 (vinte oito milhões, setecentos e onze mil, setecentos e trinta reais e setenta e um centavos), não se referiu, em momento algum, ao *grave dano causado à coletividade*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, o valor é substancial, principalmente se considerarmos que o fato ocorreu há mais de dez anos. Porém, o que se está a cuidar aqui é se houve, na imputação, a narrativa de conduta mais grave do que a do tipo básico, referente ao crime previsto no art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que foi o delito imputado ao ora paciente.

O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público, afirmou que, "considerando que houve grave dano causado à coletividade tornou-se imperiosa a aplicação do aumento previsto pelo art. 12, I, da Lei n. 8.137/90, tendo em vista o elevado valor sonogado, o qual consta da inicial acusatória"(fl. 142).

É certo que a inicial acusatória não faz qualquer menção à incidência do artigo 12, I, da Lei n. 8.137/90; apenas narra o montante do prejuízo levado ao erário.

Penso que aqui **não se trata de hipótese de *emendatio libelli***, descrita no art. 383 do CPP, em que poderia o juiz corrigir a imputação, dando-lhe classificação jurídica correspondente aos fatos narrados na denúncia.

Na *emendatio libelli*, ou seja, na emenda à acusação, é necessário que os fatos estejam devidamente narrados na imputação. É dizer, não é condição de validade da denúncia que a classificação jurídica dos fatos narrados seja absolutamente precisa. Mas é indispensável que a peça acusatória contenha a narrativa dos fatos – que constitui a própria imputação –, com todas as circunstâncias que individualizam a conduta criminosa atribuída ao acusado, sobretudo as que agravam a reprovabilidade do fato.

Houve, no caso vertente, indubitavelmente, sonegação de importância bem expressiva, com ineludível prejuízo aos cofres públicos. Porém, a Lei n. 8.137/90, no seu art. 12, diz que são circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º, 4º a 7º, quando a conduta ocasionar *grave dano à coletividade*. Então, poder-se-ia dizer, em uma avaliação subjetiva, que essa conduta causou grave dano à coletividade, mas é mister constar da denúncia tal afirmação, porque, em **caso contrário, todos os crimes de natureza tributária, envolvendo quantia elevada** – que a lei não diz qual é – **seriam passíveis de receber esse tipo de incremento da reprimenda**, que, convenhamos, é substancial, pois eleva a sanção em fração de 1/3 (um terço) até metade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, quanto a esse ponto, entendo que a acusação deixou de descrever elemento fático-valorativo que diz respeito à maior reprovabilidade pelo crime narrado. Certo, outrossim, que, **até o momento da prolação da sentença, não houve qualquer tipo de manifestação**, seja da acusação seja da defesa, **sobre a questão**, a qual somente restou aventada nas razões de apelação do Ministério Público. Assim, houve reconhecimento tardio da citada causa de aumento de pena, sem dedução dos fatos, mercê do acolhimento da apelação.

Poder-se-ia afirmar que se trata, talvez, de permissão dada pelo art. 385 do Código de Processo Penal, quando diz que o juiz poderá reconhecer agravante, embora nenhuma tenha sido alegada.

Porém, esse dispositivo – relativo a agravantes – não se pode aplicar a uma hipótese que cuida de causa de aumento de pena, qual seja, a inscrita no art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/90.

Como bem pontua René Ariel Dotti:

Há determinadas circunstâncias inerentes ao fato ou ao seu autor que assumem especial relevo para o fim de se reconhecer maior ou menor reprovabilidade da conduta. Elas diferem das circunstâncias agravantes e atenuantes em sentido genérico, porque o aumento ou a diminuição da pena já vem prefixada na lei, devendo a majoração ou a redução ater-se aos limites mínimo e máximo estabelecidos. Também não se confundem com as causas de qualificação das infrações, porque estas determinam a fixação da pena-base em função dos novos limites mínimo e máximo (ver, a propósito, o verbete n. 12). Fala-se, então, de causas especiais de aumento ou diminuição da pena, também designadas majorantes ou minorantes, as quais têm a força de alterar o quantum penal inicialmente cominado no tipo fundamental ou qualificado. Elas estão indicadas tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial e são igualmente previstas nas leis especiais.

(*Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 623/624).

Mais adiante o professor paranaense menciona exemplos de causas de especial aumento da pena previstas em leis especiais, entre as quais expressamente essa do art. 12 da Lei n. 8.137/90. Não creio, portanto, haver dúvida de que estamos diante de uma causa especial de aumento de pena, sob a qual, até o momento da prolação da sentença, repito, não houve qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

debate ou manifestação da acusação ou da defesa, tendo sido ela reconhecida apenas quando do julgamento da apelação.

Abro, aqui, um parêntese para acompanhar o entendimento de que, mesmo na hipótese regulada pelo art. 385 do Código de Processo Penal, a interpretação a se dar a tal dispositivo não pode ser a meramente literal. Deveras, como leciona ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES:

É mister que se dê a tal dispositivo interpretação condizente com o sistema constitucional vigente, para observância das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e para completa afirmação do sistema acusatório modelado pela *Constituição* no art. 129, I, que reservou ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública. Assim, deve-se admitir que o juiz está autorizado pelo art. 385 do CPP a aplicar agravante, embora o Ministério Público não a tenha referido na denúncia ou nas alegações finais, desde que tenha sido objeto de prévia manifestação da defesa ou decorra de debate estabelecido no processo em torno de outra matéria. (*A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002, p. 292).

Logo, identifico violação não apenas ao contraditório e à ampla defesa, porque sobre esses fatos não houve discussão na causa, mas também violação ao princípio da congruência ou da correspondência entre acusação e sentença, derivação indireta do princípio acusatório. Tanto em uma quanto em outra hipóteses houve manifesto prejuízo à defesa, porque se viu condenada a pena superior à que decorreria da narrativa acusatória.

No plano do direito positivo, cabe destacar que o Pacto de San Jose (CADH) é expresso em prever o direito de “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”; e “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”. (art. 8º, 2, alíneas “b” e “c” do Decreto n. 678/92), defesa que depende da certeza e justeza da imputação para bem se desincumbir de seu mister.

Não desconheço entendimento do Supremo Tribunal Federal, a um primeiro olhar, não coincidente com o que ora se sustenta. Em verdade, ao julgar, em 20.5.2014, o *Habeas Corpus* n.120.587, a Corte Suprema, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, entendeu que “o acusado defende-se dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídica nela estabelecida. Destarte, faz-se necessária apenas a correlação entre o fato descrito na peça acusatória e o fato pelo qual o réu foi condenado, sendo irrelevante a menção expressa na denúncia de eventuais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causas de aumento ou diminuição de pena.”

Em verdade, o exame do julgado indica um ponto comum com o que constitui objeto deste *writ*, pois também ali se decidiu indispensável que a condenação decorra de fato narrado na denúncia. A diferença é que o voto proferido naquela impetração seguiu caminho distinto ao entender que basta a referência ao valor sonogado em cifras elevadas para que incida a causa de aumento de pena sob análise.

É dizer, no entender do julgado citado, não é necessário que conste da narrativa acusatória qualquer alusão expressa a tal “circunstância” (art. 41 do CPP) referente ao crime objeto da imputação. A causa de aumento de pena, consistente em “grave dano à coletividade” (art. 12. I, da Lei n. 8.137/90) estaria “implícita” – é o que parece, salvo equivocada compreensão deste relator, denotar o ilustrado voto – na própria expressividade do valor tributário sonogado.

Ressalto que esta Sexta Turma já se manifestou sobre o assunto, no julgamento do HC n. 272.355/AM, concluindo que, no caso, há violação aos princípios da congruência, do contraditório e da ampla defesa:

(...)2. Ausente na denúncia referência expressa a maior reprovabilidade do ato praticado pelo paciente, não pode a sentença aplicar a agravante prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da congruência.

3. A ocorrência, ou não, de prescrição não pode ser analisada no momento, tendo em vista a ausência de elementos suficientes para tanto.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, nos termos do dispositivo.

(HC 272355/AM, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6 T., DJe 13.6.2014)

Com essas considerações, **refuto, na espécie, a incidência da mencionada causa de aumento de pena.**

II.

No que tange à pretendida **redução do quantum referente à agravante genérica descrita no artigo 62, I e II, do Código Penal** imposta ao paciente, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos artigos 59 a 67 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, fundamentando concretamente a quantidade de pena indicada.

No caso, verifico que o juiz sentenciante, ao analisar a incidência das agravantes genéricas previstas no artigo 62, I e II, do Código Penal, entendeu correto aumentar a reprimenda em 2 meses de reclusão (fl. 75):

Já na segunda fase analiso as agravantes. Em relação ao réu reconheço a existência de agravantes genéricas previstas no artigo 62, incisos I e II do Código Penal. A primeira, por capitanear a ação delituosa; a segunda, por induzir o contador à execução material do crime, mediante a falsa afirmação de que aquelas condutas estariam respaldadas por liminar judicial; conforme evidenciado nos autos. não há atenuantes a seu favor, a somar para o crime em tela: 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 35 dias-multa.

O tribunal de origem, ao analisar a questão, alterou o *quantum* relativo à agravante genérica, de 2 meses para 1/6 da pena (fls. 122/123):

*Dado que Sérgio capitaneou a ação delitiva e induziu o contador à execução material do crime, mediante a falsa afirmação de que as condutas estariam respaldadas por liminar judicial, **o magistrado agravou a pena com supedâneo no art. 62, I e II, do Código Penal, para 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa. Sem causas de diminuição de pena.***

(...)

*O magistrado agravou a pena do acusado com supedâneo no art. 62, I e II, do Código Penal, de modo que aqui, **por identidade de razões, cumpre fazer o mesmo, devendo a pena ser acrescida de 1/6 (um sexto) para cada circunstância agravante, fixando-a em***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Ora, sem olvidar do amplo efeito devolutivo da apelação, constato que a Corte não alterou a fundamentação contida na sentença de primeiro grau para a elevação do *quantum* referente às agravantes genéricas, previstas no artigo 62, I e II, do Código Penal. **Não houve, portanto, acréscimo de motivação própria que justificasse o acréscimo de pena realizado.**

A individualização da pena, como garantia constitucional do condenado, pressupõe a existência de fundamentação em que se observem os elementos do fato criminoso e as circunstâncias de caráter pessoal do sentenciado.

Dessa forma, o tribunal não pode, em sede de apelação, majorar a pena do réu sem, contudo, indicar fundamentação concreta que demonstre ser o aumento da reprimenda necessário e suficiente para a reprovação da conduta delituosa.

Com essas considerações, **afasto o aumento de pena de 1/6**, fixado no acórdão, em relação às citadas agravantes genéricas, devendo ser considerado o *quantum* fixado na sentença.

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* substitutivo do meio impugnativo próprio.

Contudo, **concedo *habeas corpus*, de ofício**, para restabelecer a sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.842 - SP (2012/0268252-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : SÉRGIO LUIZ BERGAMINI

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Assim como o Relator não conheço do presente *writ*, por se tratar de substitutivo de recurso próprio, porém, peço vênia para divergir, pois não verifico constrangimento ilegal sanável de ofício.

Sustenta o impetrante, que a causa especial de aumento de pena do art. 12, I, da Lei n. 8.213/90 não foi incluída nem referida pela denúncia, violando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à questão, o Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público, afirmou que (e-STJ fl 123):

Dada a gravidade das consequências do crime para a coletividade, em virtude do vultoso montante sonegado, a pena deve ser majorada em 1/3 (um terço), com base no inciso I do art. 12 da Lei 8.137/90, para 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão e 53 (cinquenta e três dias-multa)

Por certo, o fato de não constar da inicial acusatória, pedido expresso acerca da incidência da causa especial, não impossibilita a sua aplicação. O réu se defende dos fatos narrados e não da tipificação a ele atribuída. Por isso, é permitido ao Juiz alterar a definição jurídica dos fatos, ainda que isso importe em aplicação de pena mais gravosa.

Nesse sentido, há precedentes no egrégio STF e nesta Corte, como se vê:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I E II, C/C ART. 12, I DA LEI 8.137/90). ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE HC PROLATADO POR TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. IMPETRAÇÃO DE NOVO WRIT NO STJ EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. CAPITULAÇÃO JURÍDICA DO FATO ESTABELECIDO NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. IRRELEVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O princípio da congruência, dentre os seus vetores, indica que o acusado defende-se dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídica nela estabelecida. Destarte, faz-se necessária apenas a correlação entre o fato descrito na peça acusatória e o fato pelo qual o réu foi condenado, sendo irrelevante a menção expressa na denúncia de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena. Precedentes: RHC 115.654, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 21.11.13; HC 92.484-ED, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Dje de 19.06.12; HC 103.431, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 30.05.11; HC 102.375, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 20.08.10; RHC 97.669, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 12.02.10; AI 625.389-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe de 19.06.13.

2. In casu, consoante destacou o Superior Tribunal de Justiça, “de fato, a denúncia não efetivou pedido expresso para que fosse reconhecida a aludida majorante, contudo é certo que dela consta que o paciente ‘reduziu tributo federal, qual seja, Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, no montante de R\$ 2.836.392,38 (dois milhões, oitocentos e trinta e seis mil e trezentos e noventa e dois reais)’, reduziu, ‘por 12 vezes, a Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, no montante de R\$ 15.948,27 (quinze mil, novecentos e quarenta e oito reais)’, e ‘reduziu, por 12 vezes, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instituída pela Lei n. 7.689/9, no montante de R\$ 847.523,63 (oitocentos e quarenta e sete mil e quinhentos e vinte e três reais)’ (fl. 57). Os valores, assim, são eloquentes e mostram, de forma indubitosa, tal como consignou o acórdão impugnado, a ocorrência de ‘grave dano a coletividade’, de que fala a circunstância de especial aumento do citado art. 12, inciso I, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária”.

3. As questões não suscitadas perante as instâncias precedentes não podem ser analisadas por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Precedentes: HC 115.893, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 04.06.13; HC 114332-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 27.05.13; HC 117.155, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 17.05.13; HC 114.662-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 30.04.13; HC 113.679-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, Dje de 10.05.13.

4. In casu, a alegação de impossibilidade de reconhecimento do concurso formal não foi apreciada pelas instâncias precedentes. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça deixou de apreciar a matéria, sob o fundamento de que “a tese dos impetrantes, de que foi indevido o reconhecimento do concurso formal, sob o argumento de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese é de crime único, não foi discutida pelo Tribunal de origem, de modo que a matéria não pode ser conhecida na via eleita, sob pena de indevida supressão de instância”. Destarte, não é possível a análise da matéria por esta Corte, sob pena de dupla supressão de instância.

5. O recurso cabível contra acórdão denegatório de habeas corpus prolatado pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, é o recurso ordinário, a ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, inciso II, alínea a, da Constituição Federal.

6. “A impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional” (HC 116.481-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 1º.08.13).

7. Ademais, “não há nenhuma ilegalidade no acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, embora assente que não conhece de habeas corpus porque impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto, examina as questões postas com o fito de verificar a existência de constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício” (HC 116.389, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 14.05.13).

8. O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do habeas corpus lá impetrado, sob o fundamento de que o writ é substitutivo de recurso ordinário, tendo em vista ter sido manejado contra decisão denegatória de HC no Tribunal Regional Federal. Destaca-se que o STJ analisou a possibilidade da concessão da ordem de ofício, tendo concluído que, no caso sub examine, não há flagrante ilegalidade que justifique a adoção desta medida.

9. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita, cassada a liminar anteriormente deferida.

(STF - HC nº 120587/SP, Rel. Min.Luiz Fux, 1ª Turma, publicado no DJe de 05/06/2014).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIA DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO NA CONDENAÇÃO. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI. O RÉU DEFENDE-SE DOS FATOS IMPUTADOS, NÃO DO DISPOSITIVO LEGAL INDICADO. PRECEDENTES. TESE EM TORNO DA OCORRÊNCIA DE CONCURSO FORMAL NÃO EXAMINADA NA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORIGEM E NÃO LEVANTADA NO RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFIGURAÇÃO. ILEGALIDADE FRAGRANTE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. No caso de o remédio constitucional ter sido impetrado antes da alteração do referido entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal deverá ser enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

4. O magistrado pode reconhecer a existência da majorante prevista no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, ainda que não conste da exordial acusatória pedido expresso nesse sentido.

5. Extraí-se do art. 383 do Código de Processo Penal que o réu, ao longo da instrução penal, defende-se dos fatos que lhe são imputados pelo órgão acusador e não dos dispositivos legais eventualmente indicados.

6. De acordo com o entendimento pacificado nesta Corte, a matéria objeto de irresignação não pode vir a ser suscitada apenas no writ aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame da instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 235487/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, DA LEI Nº 8.137/90. EMENDATIO LIBELLI. DEFESA DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. RECONHECIMENTO DE CAUSA DE AUMENTO. ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É sabido que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da tipificação a eles atribuída. Desta forma, no momento da condenação, pode o Juiz alterar a definição jurídica dos fatos, ainda que isso importe em aplicação de pena mais gravosa, nos termos do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

383, do CPP.

2. Cabível o reconhecimento pelo magistrado da causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, ainda que não conste da denúncia pedido expresso nesse sentido.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1368120/AL, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014)

Mesmo que assim não fosse, constata-se, da denúncia, que o montante do prejuízo causado aos cofres público foi de R\$ 28.711.730,71, ou seja, há imputação clara ao paciente da prática da infração penal descrita no art. 1º, inc. I e II, da Lei n. 8.137/90 que, de forma continuada, no período de janeiro de 1993 a dezembro de 1997, suprimiu tributos.

Tem-se, assim, que o valor sonegado, descrito na denúncia, é o fato expressamente (nem sequer implicitamente) revelador do grave dano à ordem pública e que permite a incidência da causa especial de aumento, sem que haja qualquer ferimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório como alegado.

Por sua vez, quanto à questão da ausência de fundamentação hábil para majorar a pena em 1/6 para cada uma das agravantes genéricas previstas no art. 62, I e II, do CP, não prospera a pretensão.

O Tribunal de origem alterou o *quantum* relativo a cada uma das agravantes de 2 (dois) meses para 1/6 (um sexto), com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 123):

O magistrado agravou a pena do acusado com supedâneo no art. 62, I e II, do Código Penal, de modo que aqui, por identidade de razões, cumpre fazer o mesmo, devendo a pena ser acrescida de 1/6 (um sexto) para cada circunstância agravante, fixando-a em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Como se vê, a majoração deu-se por compreensão implícita de desproporcionalidade, em razão de recurso do Ministério Público que isso postulou de forma expressa, como se vê do seguinte trecho (e-STJ fl. 87):

Em relação ao acusado SERGIO LUIZ BERGAMINI, conquanto a MM.^a Juíza federal a quo tenha reconhecido a existência das agravantes previstas no artigo 62, incisos I e II do Código Penal, majorou a pena tão somente em dois meses e cinco dias-multa, equivalente a menos de 1/10 da pena-base aplicada.

[...]

Embora não exista uma regra legal expressa acerca do percentual a ser majorado em razão do reconhecimento das chamadas agravantes, observa-se que o quantum da pena-base exasperado no presente caso é ínfimo, mormente em face da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracterização de duas agravantes.

Portanto, também nesse aspecto, a r. Sentença vergastada merece reforma.

Assim, não vejo necessário qualquer acréscimo de fundamento além da desproporcionalidade.

Nesse contexto, pelas razões acima alinhadas, verifica-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no presente *writ*.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.842 - SP (2012/0268252-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Srs. Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, Ministro Rogerio Schietti, **não conhecendo** do pedido de *habeas corpus*, mas **concedendo** a ordem **de ofício**, até porque votamos no mesmo sentido quando do precedente referido por S. Exa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0268252-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 261.842 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200261090028567

EM MESA

JULGADO: 07/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO E OUTROS
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: SÉRGIO LUIZ BERGAMINI
CORRÉU	: ARTHUR MINNITI FILHO
CORRÉU	: NICOLAU BARTHOLOMEU NETTO
CORRÉU	: ARNALDO NICOLAU MINNITI

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **JOÃO DANIEL RASSI**, pela parte PACIENTE: **SÉRGIO LUIZ BERGAMINI**

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, não conheceu do pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, e por maioria, rejeitou a proposta de concessão da ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão, vencidos, neste ponto, o Sr. Ministro Relator e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente).

Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) quanto ao não conhecimento da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro as Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura quanto à rejeição da proposta de concessão da ordem de ofício.