



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2249136 - SP (2022/0358507-5)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)
AGRAVANTE : EDMUNDO ROCHA GORINI
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS - SP088552
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

„AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. FUNDAMENTO VÁLIDO. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Na espécie, observa-se não terem sido utilizadas, na elevação da pena-base, para fins de maus antecedentes, ações penais em curso ou condenações sem trânsito em julgado, conforme destacado pelo Juízo de primeiro grau, ao afirmar que, "Embora se trate de acusado tecnicamente primário, possui várias condenações criminais definitivas". Desse modo, estando o entendimento pretérito em consonância com o desta Corte, incidente a Súmula n. 83/STJ.

2. Nessa inteligência, "a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem" (HC n. 602.919/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe 3/9/2020).

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de fevereiro de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2249136 - SP (2022/0358507-5)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)
AGRAVANTE : EDMUNDO ROCHA GORINI
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS - SP088552
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

„AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. FUNDAMENTO VÁLIDO. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Na espécie, observa-se não terem sido utilizadas, na elevação da pena-base, para fins de maus antecedentes, ações penais em curso ou condenações sem trânsito em julgado, conforme destacado pelo Juízo de primeiro grau, ao afirmar que, "Embora se trate de acusado tecnicamente primário, possui várias condenações criminais definitivas". Desse modo, estando o entendimento pretérito em consonância com o desta Corte, incidente a Súmula n. 83/STJ.

2. Nessa inteligência, "a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem" (HC n. 602.919/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe 3/9/2020).

3. Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao agravo regimental.

Irresigna-se a defesa quanto à aplicação da pena-base, que entende haver afrontado o disposto no art. 59 do Código Penal, no contexto em que o agravante foi condenado pela prática do delito previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 71 do Código Penal, à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto, reprimenda não substituída por penas restritivas de direitos.

Sob esse aspecto, entende que ações penais em andamento (ainda que com condenação) não podem ser utilizadas para exasperar a pena basilar.

Requer o conhecimento e provimento do presente recurso para que se proceda à nova dosimetria penal.

Impugnação apresentada.

É o relatório.

VOTO

A decisão impugnada possui os seguintes fundamentos (fls. 1.061-1.065):

Trata-se de agravo, interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, com fundamento nas Súmulas 7 e 83 do STJ, bem como pela ausência de prequestionamento da matéria.

Nas razões do apelo especial, sustentou o recorrente violação dos arts. 107, IV (primeira parte), e 109, IV, ambos do CP, alegando a ocorrência da prescrição à espécie, pois "considerando a data dos fatos (janeiro de 2008 a março de 2009) e do recebimento da denúncia (19 de maio de 2017 – fls. 281), tem-se o lapso de aproximadamente 8 (oito) anos e 2 (dois) meses ou seja, tempo ligeiramente superior ao necessário para se atingir a prescrição" (fl. 908).

Pontua que "trata-se de delitos ocorridos no longínquo ano de 2008 e, portanto, anteriores à edição da Lei nº 12.234, de 2010 –, que excluiu o lapso prescricional entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, com base na pena concretamente aplicada ao jurisdicionado – não podendo, como se sabe, sob qualquer hipótese, incidir no caso concreto, por ser mais gravosa ao réu" (fl. 910).

Aponta, igualmente, violação ao enunciado da Súmula Vinculante n. 24/STF, ao entendimento de que esta não poderia retroagir para a época dos fatos, "Isso porque referido preceito sumular foi publicado em 11 de dezembro de 2009, ou seja, em momento posterior aos fatos pelos quais o recorrente foi condenado e, somente a partir desta data (de sua publicação), é que o verbete possui efeito vinculante, nos termos do artigo 103-A, da Constituição Federal" (fl. 910).

Por fim, no apelo especial aduz contrariedade do acórdão impugnado o art. 59, II, do CP, destacando ter havido aumento injustificado na pena-base, no patamar de 1/3, bem como indica negativa de vigência do art. 33, §2º, c, do CP, afirmando que o regime de cumprimento de pena imposto foi inadequado.

Já no presente agravo, argumenta a defesa que a matéria foi prequestionada e a tese sobre prescrição não demanda revolvimento fático-probatório. Refuta a incidência da Súmula 83/STJ à compreensão de que há decisões que já teriam deliberado pela irretroatividade da SV 24/STF.

Oferecida contraminuta, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do recurso.

O agravo é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada, devendo ser conhecido para julgar o recurso especial.

A defesa interpôs recurso especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a*, do permissivo constitucional, em que alega violação, conforme mencionado, dos arts. 33, §2º, c, 59, II, 107, IV (primeira parte), e 109, IV, todos do CP, bem como afronta à Súmula Vinculante 24/STF.

O recorrente foi condenado à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 1º, II, c/c art. 11, da Lei

n.8.137/1990, c/c o art. 71 do CP, uma vez que a empresa, da qual o agravante era Sócio (SMAR - Equipamentos Industriais Ltda), entre os meses de Janeiro a Julho e Outubro de 2008 e Janeiro a Março de 2009, suprimiu tributos ao creditar-se, indevidamente, de ICMS, no valor de R\$ 1.317.982,47.

Interposta apelação, esta foi improvida. Interposto recurso especial e, diante da negativa de subida deste, foi interposto o presente agravo.

Nesse primeiro momento, destaque-se que é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, "nos termos da Súmula Vinculante n. 24, o termo inicial da prescrição dos crimes materiais tributários é a data do lançamento definitivo, após o encerramento do procedimento administrativo fiscal, visto que, somente a partir daí, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, está caracterizado o elemento normativo do tipo penal e preenchida a condição objetiva de punibilidade" (AgRg no REsp n. 1.430.892/PB, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018).

Ainda que cometidos os delitos antes da entrada em vigor da Lei n. 12.234/2010, aplica-se, ao caso, a nova redação do art. 110, §1º, do Código Penal, que não autoriza o cômputo da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Isso, porque a incidência da Súmula Vinculante n. 24 a delitos cometidos antes de sua edição "não se trata de aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, o que, como cediço, encontra óbice no texto constitucional, mas de consolidação de entendimento jurisprudencial, que conferiu a correta exegese a dispositivos legais vigentes na data dos fatos, sendo a sua observância cogente para todos os órgãos do Poder Judiciário, não havendo se falar em retroatividade in malam partem. Precedentes (RHC 61.790/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)". (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp n. 1.739.913/SC, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 9/3/2021, DJe 24/3/2021).

Nesse sentido, de rigor a incidência do verbete sumular n. 83/STJ: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Assim, o lapso prescricional é de 8 anos, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, considerando a pena aplicada - 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão - bem como desconsiderado o aumento pela continuidade delitiva (art. 119 do Código Penal e Súmula n. 497 do Supremo Tribunal Federal).

Daí que, levando-se em consideração os marcos interruptivos da prescrição: constituição definitiva do crédito tributário em 23/2/2011 (fl. 181); o recebimento da denúncia em 16/5/2017 (fl. 281); a publicação da sentença condenatória, no dia 13/1/2020 (fls. 761 e seguintes); bem como o acórdão do recurso de apelação em 26/11/2020 (fls. 864 e seguintes) e o trânsito em julgado para acusação, no dia 7/4/2021 (fl. 937), não transcorreu período superior a 8 anos.

Quanto à pena-base e o regime inicial, na sentença assim foi disposto (fl. 758):

As circunstâncias judiciais não são favoráveis. Embora se trate de acusado tecnicamente primário, possui várias condenações criminais definitivas (páginas 605/606, 608, 609, 612 e 614) e também a lançada nesta data por esta magistrada nos autos processuais nº 0008360-88.2014.8.26.0597, desta 1ª Vara Criminal, o que caracteriza maus antecedentes, indica má conduta social e personalidade que foge à normalidade do homem médio, e indica a necessidade de exasperação da pena base. Diante deste contexto, aumento a pena base em 1/3 e fixo-a em 02 anos e 08 meses de reclusão e 13 dias-multa.

[...].

O regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto, observado o disposto no artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal, por se tratar de acusado que ostenta diversas condenações criminais incapazes de gerar a reincidência, mas que caracterizam maus antecedentes, além de ter sido condenado por esta

magistrada nesta mesma data nos autos da ação penal nº 0008360-88.2014.8.26.0597, desta 1ª Vara Criminal, bem como por, no caso concreto, terem sido praticados 10 (dez) delitos em continuidade delitiva, não se mostra recomendável o início de cumprimento de pena em regime mais brando, tudo em observância ao disposto na súmula 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal.

No acórdão, confirmou-se a dosimetria (fls. 877-878):

A pena, muito embora não tenha sido questionada, foi muito bem aplicada. Fixada a pena-base acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes (fls. 623).

A fração de 1/3 é adequada visto serem diversas as condenações, demonstrando personalidade voltada à prática delitiva e má conduta social. Assim, ao contrário do sustentado pelo defensor, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis e justificam o aumento.

Na derradeira etapa, aumentada em mais 1/3 por terem sido 10 os delitos praticados 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa.

Tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime semiaberto está justificado.

Observa-se que tanto a majoração da pena-base do agravante na fração de 1/3, em decorrência de diversas condenações anteriores, quanto a imposição do regime semiaberto, fundamentado nos maus antecedentes, encontra ressonância na jurisprudência do STJ, o que atrai, mais uma vez, o óbice da Súmula 83 desta Corte superior. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. MAUS ANTECEDENTES. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES DEFINITIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. PRETENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.

[...].

3. A existência de duas condenações anteriores justifica a fixação da pena-base em 1/3 acima do mínimo legal para a circunstância judicial dos antecedentes (AgRg no HC n. 446.455/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 20/02/2020).

4. Adotada fundamentação concreta e idônea para o incremento da pena-base em fração superior a 1/6 (um sexto), não há falar em violação ao disposto no art. 59 do CP. No caso dos autos, as instâncias ordinárias valoraram negativamente a vetorial antecedentes com base em 2 (duas) condenações criminais transitadas em julgado ostentadas pelo recorrente (AgRg no REsp n. 1.942.930/RS, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 08/10/2021).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 699.488/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. DIVERSAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. AUMENTO DA PENA-BASE NA FRAÇÃO DE 1/5. PROPORCIONALIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação

probatória.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. Não se mostra desproporcional a exasperação da pena-base na fração de 1/5 quando a negativação do vetor maus antecedentes estiver fundamentada na existência de diversas condenações pretéritas do réu. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.921.067/RO, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 16/9/2022.)

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCABÍVEL. EXPRESSIVIDADE DO VALOR SONEGADO. DESVALOR DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. QUANTUM DE AUMENTO. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. PROPORCIONALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO. INCABÍVEL. NÚMERO DE INFRAÇÕES. REGIME INICIAL SEMIABERTO JUSTIFICADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PLEITO DE DIMINUIÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE DO VALOR FIXADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...].

III - Quantum acrescido à pena-base. Inexistência de critério matemático. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito. Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, indicando, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal. Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, como ocorreu no caso. Precedentes.

[...].

V - No que toca ao regime de resgate de pena, ressalte-se que "o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, apenas ao quantum de reprimenda imposto. Pena definitiva inferior a 4 anos de reclusão, réu primário e circunstâncias judiciais desfavoráveis indicam o regime inicial semiaberto como o mais adequado, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea 'b', e 3º, do Código Penal" (AgRg no REsp n. 1.735.388/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 07/12/2018).

[...].

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 714.805/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial.

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, não havendo motivo para solução diversa.

Diferentemente do que afirma a defesa, não foram utilizadas, na elevação da pena-base, para fins de maus antecedentes, ações penais em curso ou condenações sem trânsito em julgado, conforme destacado pelo Juízo de primeiro grau, ao afirmar que, "Embora se trate de acusado tecnicamente primário, possui várias condenações criminais definitivas" (fl. 758).

Nessa inteligência, "a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem" (HC n. 602.919/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe 3/9/2020).

Incidente, pois, o óbice previsto no enunciado da Súmula n. 83/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2022/0358507-5

AgRg no
AREsp 2.249.136 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1412013 141201330036500820138260597
1412013300365008201382605978292013 20200000969611 20210000105907
3003650082013 30036500820138260597 3003650082013826059750000
8292013

EM MESA

JULGADO: 20/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALEXANDRE CAMANHO DE ASSIS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EDMUNDO ROCHA GORINI
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS - SP088552
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : EDSON SAVERIO BENELLI
CORRÉU : MAURO SPONCHIADO
CORRÉU : PAULO SATURNINO LORENZATO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EDMUNDO ROCHA GORINI
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS - SP088552
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.