

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.390 - SP (2018/0275946-4)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : JEAN CLEBER BRITO
ADVOGADO : DAVID MARTINS E OUTRO(S) - SP351104
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por JEAN CLEBER BRITO contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que inadmitiu o seu apelo nobre.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, em regime inicial aberto, como incurso no delito previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual negou provimento à irresignação, mantendo todos os termos do édito condenatório.

Contra a decisão foi apresentado o apelo nobre, com fulcro nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem, com fundamento na Súmula n. 7/STJ.

No presente recurso, o agravante alega que o óbice indicado na decisão de admissibilidade não incidiria na espécie.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o apelo nobre.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da insurgência e, se conhecida, pelo improvimento do apelo nobre.

É o relatório.

A par dos fundamentos declinados pelo Tribunal de origem por ocasião do juízo de admissibilidade ali realizado, constata-se que o Recurso Especial interposto merece parcial provimento.

No que tange ao pedido de absolvição, sob o argumento de que não existiria dolo na conduta do acusado, a Corte de origem asseverou, a saber:

"O réu JEAN CLEBER BRITO, em seu interrogatório judicial, negou as acusações. Declarou que sua falecida esposa, Vivian, sempre trabalhou com carteira assinada. Acrescentou que desconhece a empresa Duk Yong Chung Campinas ME. Alegou que não conhece JÚLIO BENTO DOS SANTOS e quem cuidava da contabilidade da sua empresa - Jean Cleber Brito ME - era uma pessoa de nome Henrique, cujo escritório localizava-se no centro de Campinas.

Sobre o requerimento do benefício previdenciário em questão, afirmou que levou os documentos da sua falecida empresa num escritório, no centro de Campinas, e pagou cerca de R\$ 500,00 a R\$ 800,00 para que cuidassem do pleito junto ao INSS.

As alegações do réu JEAN CLEBER BRITO, no entanto, carecem de credibilidade. O réu não trouxe aos autos qualquer prova que corroborasse sua versão. Não comprovou nenhum vínculo com o escritório de contabilidade, cujos nome e endereço sequer soube declinar, tampouco trouxe aos autos qualquer documento ou recibo que pudesse demonstrar a contratação do serviço alegado.

Outrossim, embora alegue desconhecer o réu JÚLIO BENTO DOS SANTOS, restou demonstrado nos autos que o réu JÚLIO, foi o responsável pela remessa de diversas GFIPWEBs em nome da empresa de JEAN (fls. 81/82 apenso 01).

Acrescente-se ainda que, sendo falso o vínculo empregatício de Vivian com a empresa Duk Yong Chung Campinas ME, de se concluir que a mesma não possuía registro em sua Carteira de Trabalho quando faleceu (2006), sendo os últimos registros em sua CTPS datados de 2000/2001 (fls. 15/20 apenso 01). Essas circunstâncias indicam que o réu tinha ciência da fraude perpetrada para a concessão do benefício de pensão por morte já que sabia, ou deveria saber, que sua esposa não ostentava a condição de segurada à época do óbito.

Assim, tendo em vista que o conjunto probatório demonstra, de maneira inequívoca, a comprovação da materialidade delitiva e do dolo específico na conduta dos apelantes, que agiram em conluio e com o intuito de obter vantagem ilícita em prejuízo do INSS, mantenho as condenações pela prática do delito previsto no artigo 171, §3º do Código Penal." (e-STJ fls. 338/339)

Da análise dos autos, infere-se que o Colegiado de origem, após percuente reexame do delineamento fático e probatório coligido ao feito, concluiu pela existência de elementos suficientes para fundamentar o decreto condenatório, nos moldes do art. 171, § 3º, do Código Penal, asseverando, quanto a existência do dolo, que "*sendo falso o vínculo empregatício de Vivian com a empresa Duk Yong Chung Campinas ME, de se concluir que a mesma não possuía registro em sua Carteira de Trabalho quando faleceu (2006), sendo os últimos registros em sua CTPS datados de 2000/2001 (fls. 15/20 apenso 01). Essas circunstâncias indicam que o réu tinha ciência da fraude perpetrada para a concessão do benefício de pensão por morte já que sabia, ou deveria saber, que sua esposa não ostentava a condição de segurada à época do óbito*" (e-STJ fl. 338).

Dessa forma, desconstituir o julgado, pela alegação de ausência de dolo na conduta do agravante, no intuito de abrigar o pleito defensivo absolutório, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Tribunal Superior aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias, incabível em sede de Recurso Especial, conforme já consolidado no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93). INÉPCIA DA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVA LESÃO AO ERÁRIO. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/67. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inaugurada com o julgamento da APn 480/MG pela Corte Especial, firmou o entendimento de que, para a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/93, deve-se demonstrar, ao menos em tese, o dolo específico de causar dano ao erário bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, devendo tais elementos estarem descritos na denúncia, sob pena de ser considerada inepta.

2. Quanto à conduta descrita no art. 1º, I (segunda parte), do Decreto-Lei n. 201/67, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, no sentido de que o agravado agia com dolo, tendo ciência das ilegalidades, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado pela Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1372728/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ART. 339 DO CP. AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA N. 7 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PENA FIXADA EM 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. EXTENSÃO DOS EFEITOS PARA O CORRÉU.

1. A presença do dolo foi comprovada pelas instâncias ordinárias diante do material probatório constante dos autos. Impossibilidade de reexame dos fatos e das provas em instância superior, o que atrai o verbete sumular n. 7 do STJ.

2. Apesar da motivação concreta externada, a fixação do regime inicial fechado, de forma direta, afrontou o princípio da proporcionalidade, uma vez que nem o Juiz de Direito nem o Tribunal justificaram a sobreposição do regime semiaberto, mais gravoso do que o correspondente à pena aplicada, máxime ante a pena imposta de 4 anos pelo crime de denúncia caluniosa.

3. Agravo regimental parcialmente provido a fim de fixar o regime inicial semiaberto, com extensão dos efeitos ao corrêu.

(AgRg no AREsp 652.627/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 06/12/2018)

No tocante à suposta ilegalidade ocorrida na primeira fase da dosimetria, para melhor elucidação da questão, necessário se faz transcrever trecho do acórdão impugnado, *in verbis*:

"O acusado foi condenado pelo crime previsto no artigo 171, §3º do Código Penal e a pena foi fixada em 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz fixou a pena-base em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, considerando os maus antecedentes do réu.

Nesse aspecto, o réu pretende a redução da pena-base.

Não assiste razão ao réu, considerando que ele ostenta maus antecedentes, o que autoriza a exasperação da pena-base, tal como feito pelo juízo a quo, que valorou suficientemente tal circunstância (apenso).

Por conseguinte, mantida a pena-base tal como na sentença, 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa." (e-STJ fl. 341)

Sabe-se que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a revisão da dosimetria da pena em sede de Recurso Especial é admissível apenas diante de ilegalidade flagrante.

Na hipótese em apreço, verifica-se que a Corte *a quo* ao exasperar a pena-base do recorrente em 8 meses considerou negativo o vetor antecedentes, em razão da existência de condenação anterior transitada em julgado, a qual, de fato, é apta a majorar a sanção na primeira fase da dosimetria, conforme a jurisprudência deste Sodalício.

Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E O NOVO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A

ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

III - A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 468.990/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (574 G DE COCAÍNA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE AFASTADA PELA CORTE A QUO. CONDENAÇÕES DO AGRAVANTE. TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS. RESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA E DO REGIME PRISIONAL DETERMINADOS NA SENTENÇA.

1. Na análise das circunstâncias judiciais, assim se pronunciou o Magistrado singular: o réu ostenta antecedentes criminais, porquanto definitivamente condenado, por três vezes, consoante certidões de fls. 44, 50 e 53 do apenso específico. [...] Ainda que tais condenações superem o chamado período depurador, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, tal lapso refere-se especificamente ao instituto da reincidência.

2. Conforme disposto no decisum ora recorrido, para elevação da pena-base, segundo o entendimento desta Corte, o período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes (HC n. 281.051/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28/11/2013).

3. A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes (REsp n. 1.741.828/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/9/2018).

4. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, a princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes (AgInt no AREsp n. 1.065.282/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 2/5/2018).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1740662/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 30/11/2018)

Contudo, percebe-se desproporcionalidade no *quantum* de pena irrogado, haja vista existir notícia de apenas uma condenação transitada em julgado nos autos (e-STJ fl. 242), devendo, portanto, ser dado parcial provimento ao apelo especial, a fim de reduzir a sanção inicial, de forma que seja procedido um aumento de 1/6 (um sexto), alcançando a reprimenda básica **1 ano e 2 meses de reclusão e multa**.

Nessa direção:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL. QUANTUM DE 1/6 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA, QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. TRANSCURSO DO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel.

Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

- Na hipótese, a exasperação da pena-base, na fração de 1/6 sobre o mínimo legal, está devidamente fundamentada, com remissão a particularidades do caso concreto que desbordam das elementares do tipo, notadamente, aos maus antecedentes do agente.

- A jurisprudência desta Corte acerca do tema é firme no sentido de que condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes, na primeira fase, bem como para agravar a pena, na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as anotações sejam de fatos diversos, como no

caso.

- A jurisprudência desta Corte tem posicionamento firme também no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 460.900/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018)

Ressalta-se que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal **não é uma operação aritmética**, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado, fundamentadamente, eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

Nesse norte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 59 DO CP. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTUM DE AUMENTO. (I) - JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ALTERAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. (II) - DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO SENTENCIANTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Apresentando o Tribunal a quo justificativa idônea para a elevação da pena-base, não possui esta senda eleita espaço para a análise da matéria suscitada pelo recorrente, cuja missão pacificadora restará exaurida pela instância ordinária. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que, não evidenciada nenhuma discrepância ou arbitrariedade na exasperação efetivada na primeira fase da dosimetria, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada" (AgRg no HC 343.128/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 31/05/2016) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1004540/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

Procedendo-se à nova dosimetria, tem-se a pena-base estabelecida em 1 ano e 2 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa, a qual mantém-se inalterada na segunda fase, em razão da inexistência de atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, a pena é aumentada em 1/3 (um terço), tendo em vista a existência da causa de aumento de pena prevista no artigo 171, § 3º, do Código Penal, perfazendo uma reprimenda final de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa.

Por tais razões, **conheço do agravo para dar parcial provimento ao Recurso Especial**, nos termos do artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **a fim de redimensionar a pena do agravante para 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.**

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

