

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.815 - PR (2018/0340964-2)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : JOSE ROBERTO GOMES
ADVOGADOS : FLÁVIA CARNEIRO PEREIRA - PR019512
JOEL GERALDO COIMBRA - PR006605
JOEL GERALDO COIMBRA FILHO - PR032806
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : MUNICÍPIO DE MARINGÁ
PROCURADOR : LUIZ CARLOS MANZATO E OUTRO(S) - PR015748

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por JOSÉ ROBERTO GOMES contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional.

A controvérsia tratada nos autos foi bem relatada no parecer ministerial às e-STJ fls. 34.439/39.441, *in verbis*:

O agravante José Roberto Gomes foi denunciado como incurso no art. 171, § 3º, do Código Penal, em razão dos seguintes fatos:

Segundo consta, resumidamente, "a empresa UNIMAGEM - Unidade de Raio X e Ultrassom de Maringá Ltda, pessoa jurídica de direito privado, [...] de propriedade, gerenciada e administrada pelo denunciado José Roberto Gomes (contrato social e alterações fls. 226/257, IPL), prestava serviços radiológicos ao Sistema Único de Saúde - SUS, conforme contrato de prestação de serviços, assinado entre a empresa e o município de Maringá/PR (fls. 148/154, IPL)"; no período compreendido entre março/2009 e junho/2010, "José Roberto Gomes com pleno conhecimento de que a servidora pública municipal Ivanete Thomaz Candido Tubias trabalhava na Secretaria de Saúde do Município de Maringá a contratou para realizar o processamento do faturamento da empresa UNIMAGEM - Unidade de Raio X e Ultrassom de Maringá Ltda, proporcionando a inclusão no Sistema da Secretaria de Saúde de serviços não realizados, com o único propósito de beneficiar citada pessoa jurídica com recebimentos indevidos, por serviços efetivamente não prestados, a qual, como Servidora da Secretaria de Saúde do Município de Maringá, permitiu que um terceiro, José Roberto Gomes, por intermédio da empresa UNIMAGEM, se apropriasse indevidamente de verbas do SUS" (grifou-se). Tal conduta teria resultado "num prejuízo aos cofres públicos de R\$ 1.027.574,11 (um milhão, vinte e sete mil, quinhentos e setenta e quatro reais e onze centavos)" - evento 1, INI C1.

Em sentença, o magistrado de primeiro grau aplicou o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal para capitular a conduta de José Roberto no art. 313-A do Código Penal, na forma do art. 71 do

CP, e, então, condená-lo à pena de 5 anos e 5 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 129 dias-multa, à razão de 1/3 do salário mínimo vigente à época do último fato.

O apelo defensivo restou desprovido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em acórdão assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EMENDATIO LIBELLI. INDEFERIMENTO PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES. ARTIGO 313-A DO CÓDIGO PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO AUTORIZADO EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. SUJEITO ATIVO DO DELITO. COAUTORIA CONFIGURADA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO IMEDIATA. DESPROVIMENTO.

1. O julgador monocrático não está adstrito à classificação indicada na denúncia, podendo proceder à emendatio libelli, na forma do artigo 383 do Código de Processo Penal, desde que observados os limites da descrição fática contemplada pela peça inicial acusatória e pelo o conjunto probatório.

2. A perícia requerida pela defesa é desnecessária ao deslize do feito, uma vez que ao réu não foi imputada a falsificação de documentos, mas a inserção de dados inverídicos em sistema informático.

3. Querendo o acusado que outros documentos fossem juntados, distintos daqueles já constantes nos autos, deveria fazer prova de sua existência e justificar a imprescindibilidade.

4. Para a subsunção da conduta no delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, é essencial a inclusão de dado(s) falso(s) ou alteração e/ou exclusão de dado(s) verdadeiro(s), realizada por funcionário público autorizado a operar com os sistemas informatizados ou com os bancos de dados de Administração Pública, admitindo-se a coautoria e a participação de terceiros que não gozem de tal condição, desde que cientes dela, a teor do artigo 30 do Código Penal.

5. Coautoria comprovada. Hipótese em que o apelante contratou servidora pública municipal autorizada para operar sistema informático do Sistema Único de Saúde para que esta inserisse informações falsas referentes a exames radiológicos não realizados.

6. Devidamente provados a autoria, a materialidade e o dolo do agente, e sendo os fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, considerando a inexistência de causas excludentes, a manutenção da sentença condenatória é medida que se impõe.

7. Mantida a valoração negativa da culpabilidade do agente e das consequências do delito.

8. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é incabível quando não preenchidos os requisitos subjetivos estabelecidos no artigo 44, inciso III, do Código Penal.

9. O enunciado sumular 122 deste Regional, aderindo à nova orientação do Supremo Tribunal Federal, autoriza o início da

execução penal, uma vez exaurido o duplo grau de jurisdição, assim entendida a entrega de título judicial condenatório, ou confirmatório de decisão dessa natureza de primeiro grau, em relação à qual tenha decorrido, sem manifestação, o prazo para recurso com efeito suspensivo (embargos de declaração/infringentes e de nulidade, quando for cabível) ou, se apresentado, após a conclusão do respectivo julgamento.

10. Apelação criminal desprovida.

Os embargos de declaração opostos contra esse acórdão não foram conhecidos.

Insatisfeito, José Roberto interpôs recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em que defendeu a ocorrência de nulidade absoluta por não cabimento da ementatio libelli na hipótese. Subsidiariamente, postulou a fixação da pena no mínimo legal, com o afastamento do caráter negativo atribuído às circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade e às consequências do delito.

O recurso não foi admitido na origem, com fundamento na incidência do disposto no verbete sumular 7/STJ.

Daí a interposição do presente agravo, por meio do qual a Defesa sustenta a inexistência de óbice ao conhecimento e acolhimento do recurso especial.

O Parquet opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial.

É o relatório.

Decido.

De início, o recorrente sustenta violação ao art. 384 do Código de Processo Penal ao argumento de que houve a alteração da definição jurídica do fato, diante de elementos e circunstâncias surgidas durante a instrução criminal, o que caracterizaria a *mutatio libelli*, exigindo o aditamento da denúncia.

O acórdão recorrido afastou essa tese nos seguintes termos (e-STJ fls. 39.162/39.169):

A controvérsia trazida a este Colegiado cinge-se à condenação de JOSÉ ROBERTO GOMES como incurso no artigo 313-A do Código Penal.

1. Contextualização dos fatos

Narra a exordial acusatória que o acusado, na qualidade de proprietário, gerente e administrador da empresa Unimagem - Unidade de Raio X e Ultrassom de Maringá Ltda., obteve vantagem indevida, em prejuízo do Sistema Único de Saúde, ao receber recursos por exames radiológicos não realizados.

No curso do inquérito policial, apurou-se que a servidora pública municipal Ivanete Thomas Candido Tubias, lotada na Secretaria de Saúde do Município de Maringá, responsável pela alimentação do Sistema de Informação Ambulatorial e do Sistema de Informação Hospitalares, foi contratada pelo acusado para aumentar o número dos procedimentos efetivamente realizados pela empresa Unimagem, ou seja, incluía valores de procedimentos não realizados, o que possibilitou o recebimento de vantagem indevida pela citada pessoa jurídica, em detrimento do Sistema Único de Saúde.

2. Preliminares de nulidade

A defesa alega nulidade da sentença no ponto em que realizou a emendatio libelli, uma vez que a exordial acusatória não descreveria o crime capitulado no artigo 313-A do Código Penal, tampouco a participação do apelante na infração. A irresignação, no entanto, não prospera.

O julgador monocrático não está adstrito à classificação indicada na denúncia, podendo proceder à emendatio libelli, na forma do artigo 383 do Código de Processo Penal, desde que observados os limites da descrição fática contemplada pela peça inicial acusatória e pelo conjunto probatório.

Em que pese a alegação de nulidade, a denúncia permite o enquadramento da conduta no delito do artigo 313-A do Código Penal, uma vez que descrita a contratação livre e consciente, pelo acusado, da servidora pública municipal Ivanete Thomas Candido Tubias para que esta incluísse, no Sistema de Informação Ambulatorial e no Sistema de Informações Hospitalares, guias de faturas dos atendimentos feitos pela Unimagem contendo valores referentes a procedimentos não realizados.

Inexiste, portanto, mácula de nulidade na sentença recorrida.

[...]

3. Tipicidade

O delito cuja conduta é atribuída ao acusado encontra-se assim descrito no Código Penal:

'Artigo 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário público autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.'

Sobre a tipicidade objetiva da norma incriminadora acima reproduzida, ensina Cezar Roberto Bitencourt:

'As duas primeiras condutas - inserir (alimentar o sistema) ou facilitar a inserção (permitir, tornar possível) - têm por objeto o dado falso, isto é, desconforme com a realidade, numa espécie de falsidade ideológica, como a descrita do art. 299 do CP. Com efeito, a falsidade versa sobre o conteúdo do dado e, a exemplo da falsidade ideológica, basta a potencialidade de dano para caracterizar o crime. O dano, se efetivamente sobrevier,

representará somente o exaurimento do crime. O dado falso inserido no sistema informatizado da Administração Pública no seu aspecto formal é verdadeiro, isto é, existente, real e efetivo, mas seu conteúdo é falso, ou seja, a idéia ou a declaração que o dado contém não corresponde à verdade (...)' (Código Penal Comentado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 996).

Impende salientar que o crime previsto no artigo 313-A do Código Penal caracteriza-se por ser infração penal própria de servidor público, mas que comporta coautoria, como ocorreu no caso em tela. Apesar de a condição de funcionário público do sujeito ativo ser elementar do referido delito, o agente estranho aos quadros da Administração que atua em concurso com aquele pode responder pelo tipo em questão, como coautor ou partícipe, nos termos do artigo 30 do Código Penal. Para isso, é necessário que o particular tenha ciência da condição de funcionário público do comparsa.

Nesse sentido, esclarecedora a lição doutrinária a respeito do delito tipificado no artigo 313-A do Código Penal: 'Embora se cuide de crime próprio, como a qualidade de funcionário público é elementar do delito em questão, comunica-se aos coautores estranhos aos quadros do funcionalismo, desde que tenham ciência da especial condição dos comparsas, na forma do art. 30 do CP' (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 8ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 156).

[...]

No caso, conforme se depreende da prova colhida aos autos e de acordo com o édito condenatório, não há dúvida de que JOSÉ ROBERTO GOMES sabia da qualidade de servidora pública de Ivanete Thomas Candido Tubias ao tempo do fato, agindo em concurso e com absoluta identidade de propósitos junto a ela.

Ademais, no que tange ao concurso aparente de normas entre os delitos dos artigos 171, § 3º, e 313-A, ambos do Código Penal, esta Corte já firmou o entendimento de que prevalece o enquadramento da conduta do agente no crime tipificado neste último dispositivo, em consonância com o princípio da especialidade, sendo incabível sustentar que a infração penal em questão é somente um meio para a execução do estelionato. Trata-se de conduta autônoma, aplicável em situações como a presente nos autos, na qual, para a obtenção da vantagem indevida em detrimento da autarquia previdenciária, foi utilizado sistema informatizado da Administração Pública.

[...]

Fixadas tais premissas, tenho que a conduta imputada ao acusado amolda-se perfeitamente ao delito de inserção de dados falsos em sistema da Administração Pública, considerando a narrativa de que Ivanete Thomas Candido Tubias, na condição de funcionária pública autorizada, inseriu informações inverídicas, por ordem de JOSÉ ROBERTO GOMES, no sistema informatizado do Sistema Único de Saúde, com o intuito de obter vantagem indevida consubstanciada no pagamento por serviços radiológicos não prestados.

Com efeito, "*nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação jurídica nela contida, podendo o magistrado, por ocasião do julgamento da lide, conferir-lhes definição jurídica diversa*" (AgRg no AREsp n. 1143469/PB, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 11/5/2018).

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA AS TELECOMUNICAÇÕES. ESTAÇÃO DE RÁDIO CLANDESTINA. INCIDÊNCIA DO ART. 183 DA LEI N. 9.472/1997. NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. HIPÓTESE DE MUTATIO LIBELLI. INOVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. O Tribunal poderá dar nova capitulação jurídica aos fatos narrados na denúncia (emendatio libelli), sendo desnecessária qualquer providência ou procedimento prévio, ainda que seja o caso de aplicação de pena maior em razão da nova classificação (art. 383 do Código de Processo Penal).

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 689.468/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016, grifei.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 384 DO CPP. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. AFRONTA AOS ARTS. 59 E 92, I, "A", AMBOS DO CP. PERDA DO CARGO PÚBLICO COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não havendo modificação quanto ao fato descrito na exordial acusatória, 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. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 745.828/RJ, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015, grifei.)

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DENÚNCIA QUE DESCREVEU O FATO CRIMINOSO E O CAPITULOU COMO TENTATIVA. RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO DO CRIME EM SEGUNDO GRAU. POSSIBILIDADE DE EMENDATIO LIBELLI EM APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 383, 384 E 617 DO CP NÃO CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante a firme jurisprudência desta Corte, o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida, sendo permitido ao Tribunal de Justiça, na oportunidade do julgamento do apelo do Ministério Público, conferir-lhes definição jurídica diversa, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal.

2. A controvérsia deve ser decidida à luz do princípio da correlação entre o pedido e a decisão judicial e não há surpresa ou prejuízo para a ampla defesa a ser reconhecida no recurso especial, pois a denúncia narrou que uma mala de viagens foi subtraída do interior do veículo da vítima e que, em seguida, foi localizada nas proximidades. A Defensoria Pública, desde o pedido de revogação da prisão preventiva, reconheceu que a mala foi apreendida e restituída à vítima; tinha ciência do laudo pericial realizado na res e, na audiência de instrução e julgamento, deduziu teses relacionadas à consumação do furto, pois afirmou que a vítima não viu o acusado saindo com a mala do veículo.

3. Recurso especial não provido. (REsp 1504724/DF, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015, grifei.)

HABEAS CORPUS. NULIDADES PROCESSUAIS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TENTATIVA. MODIFICAÇÃO NA CAPITULAÇÃO. CRIME CONSUMADO. AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO DE FATO NOVO. EMENDATIO LIBELLI.

1. Não configura nulidade a atribuição pelo magistrado de definição jurídica diversa, sem imputação de fato novo. O afastamento, na sentença, da modalidade tentada foi feito com base nos fatos já narrados na peça acusatória.

2. O equívoco na denúncia quanto à capitulação do crime imputado ao acusado - modalidade tentada, em vez de consumada - pode ser corrigido na sentença, por meio da emendatio libelli, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal. O réu se defende dos fatos imputados na denúncia, e não da classificação a eles atribuída.

3. Ordem denegada. (HC 158.545/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2012, DJe 27/11/2012, grifei.)

[...] ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DENÚNCIA QUE TIPIFICA O CRIME IMPUTADO AOS

PACIENTES COMO TENTADO. MAGISTRADO QUE PROFERE SENTENÇA CONSIDERANDO A PRÁTICA DO DELITO NA FORMA CONSUMADA. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA. EMENDATIO LIBELLI. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE JAMAIS RECONHECIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. Na hipótese, a denúncia narrou que os pacientes lograram sair do estabelecimento com os bens roubados, tendo sido capturados posteriormente pelos policiais militares que foram chamados pelas vítimas.

2. Não há ilegalidade no procedimento adotado pelo magistrado de origem, que condenou os pacientes pelo crime de roubo consumado, já que, nos exatos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, o Juízo pode atribuir definição jurídica diversa aos fatos contidos na inicial, desde que não os modifique, ainda que, por consequência, tenha que aplicar pena mais grave.

[...]

4. Não há ilegalidade na condenação dos pacientes pelo crime de roubo consumado, quando o Ministério Público oferece denúncia e sustenta nas alegações finais que o delito teria sido praticado na forma tentada.

5. O entendimento firmado pelas instâncias de origem está de acordo com o sufragado nesta Corte Superior de Justiça, pelo qual o crime de roubo, assim como o de furto, se consuma quando o agente obtém a posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessário que esta se dê de forma mansa e pacífica.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 197.068/SP, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013, grifei.)

Na hipótese, foi descrita na denúncia a contratação livre e consciente, pelo acusado, da servidora pública municipal Ivanete Thomas Candido Tubias para que ela incluísse, no Sistema de Informação Ambulatorial e no Sistema de Informações Hospitalares, guias de faturas dos atendimento feitos pela Unimagem contendo valores referentes a procedimentos não realizados.

Desse modo, não há nulidade na sentença ou no acórdão condenatórios porque foi atribuída outra capitulação legal aos fatos delituosos narrados na exordial acusatória sem alterar o quadro fático ali delineado.

Por fim, quanto à dosimetria da pena, o recurso especial está prejudicado ante a perda de objeto.

Com efeito, constato que foi impetrado o HC n. 455.102/PR, de minha relatoria, referente à mesma ação penal originária (Apelação n. 5004637-77.2012.4.04.7003/PR), cujo pedido é idêntico ao deduzido neste recurso (a fixação da pena no mínimo legal).

No julgamento do referido *habeas corpus*, assim decidi:

Pois bem. No que toca à dosimetria da pena, cumpre destacar ser o momento em que o magistrado, dentro dos limites abstratamente previstos na lei, aplica de forma fundamentada o quantum ideal de reprimenda a ser imposta ao condenado, obedecendo a um sistema trifásico.

A fixação das penas revela um labor regulado por princípios e regras constitucionais e legais, previstos no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, nos artigos 59 e 68 do Código Penal e no artigo 387 do Código de Processo Penal.

Nessa toada, para chegar a uma aplicação justa e equânime da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve ater-se às singularidades do caso concreto, para entregar a devida e substancial prestação jurisdicional.

A ponderação das oito circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal não se resume a uma simples operação aritmética, uma conta matemática que fixa pesos estratificados a cada uma delas. Tal ponderação enseja um verdadeiro processo que impõe ao magistrado apontar, de forma motivada, as balizas para a fixação da pena-base e aplicar a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato delituoso.

BITTENCOURT, ao citar Aníbal Bruno, descreve as circunstâncias judiciais como "condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos" (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral, v. 1., 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 550).

No caso, o Magistrado de piso efetuou a dosimetria da pena nos seguintes termos (e-STJ fl. 51):

Com fulcro no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal e artigos 59 e 68 do Código Penal, passo à individualização das penas ao réu.

Para o crime descrito no artigo 313-A do Código Penal é cominada pena de reclusão de 02 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

- Pena Privativa de Liberdade

O réu agiu com grau de culpabilidade considerado elevado para o tipo em exame; é pessoa bem instruída (médico), sendo-lhe exigível

*maior zelo e obediência às regras morais e legais; aproveitou-se de sua profissão para a prática de crime, com infração ao Código de Ética Médica, atuando em concurso de agentes. Não registra antecedentes (eventos 7, 12, 14 e 217). Sua conduta social e personalidade não puderam ser aferidas. Os motivos do crime são próprios da espécie; as **consequências, graves, dada a obtenção da vantagem ilícita, de elevado valor (mais de um milhão de reais), prejudicando as ações voltadas à área da saúde, em engenhosa fraude.** As circunstâncias são aquelas que normalmente se verificam. Não há falar em comportamento da vítima.*

Presentes duas circunstâncias (vetoriais) negativas, fixo a pena-base em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes.

Não há qualquer causa geral ou especial de diminuição de pena aplicável ao caso. Incide, no entanto, a causa geral de aumento de pena estabelecida no artigo 71 do Código Penal, segundo o qual, reconhecida a continuidade delitiva entre vários crimes, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços". Na dosagem do aumento da pena, seguir-se-á a lição de Júlio Fabbrini Mirabete, que ensina:

[...]

Considerando o número de crimes (quinze), aumento a pena em 2/3 (dois terços), ou seja, 2 anos e 2 meses, totalizando-a em 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

Sem qualquer outra circunstância a considerar, fixo a pena privativa de liberdade, de forma definitiva, ao réu JOSÉ ROBERTO GOMES em 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

- Regime Inicial de Cumprimento da Pena

O cumprimento da pena privativa de liberdade imposta iniciar-se-á no regime semiaberto, conforme artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal e artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal. (Grifei.)

O Tribunal a quo, por sua vez, ao manter a dosagem realizada em primeiro grau, consignou o seguinte (e-STJ fls. 80/81):

Ao analisar as vetoriais do artigo 59 do Código Penal, o juízo primevo considerou desfavoráveis a culpabilidade do acusado e as consequências do delito, contra o que se insurge a defesa.

Para a análise da culpabilidade, deve-se aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade, não a partir do cotejo isolado das condições pessoais (v.g. escolaridade, profissão, idade, etc.) do réu (direito penal do autor), mas sim da relação entre esse elemento e o modo de execução, o contexto, do crime (direito penal do fato), pois é essa avaliação, associada à conduta que era exigível do agente, que demonstrará a medida (o grau da culpabilidade).

[...]

Por oportuno, transcrevo excerto do parecer ministerial com cuja conclusão coaduno (evento 17):

'No tocante à culpabilidade, fundamentou que é pessoa bem instruída (médico), sendo-lhe exigível maior zelo e obediência

às regras morais e legais; aproveitou-se de sua profissão para a prática de crime, com infração ao Código de Ética Médica, atuando em concurso de agentes. Veja-se que, embora o nível de escolaridade não se preste, por si só, a emprestar maior desvalor à culpabilidade do agente, no caso dos autos, esperava-se do réu, médico, ainda maior zelo com a saúde. Muito pelo contrário, a prática criminosa foi descoberta justamente a partir da constatação de que havia fila de espera para a realização de exame de imagem, em razão da constatação por parte da Secretaria de Saúde/Município de Maringá da existência de fila para exame de Raio X com contraste, após questionar a prestadora do serviço, a empresa UNIMAGEM informou que não estava realizando exames radiológicos contratados pelo SUS [...]. A conduta criminosa do réu, portanto, levou incontáveis usuários do Sistema único de Saúde à espera prolongada por exames de extrema importância na prevenção, detecção e tratamento de doenças graves - a título de exemplo, a 'Mamografia Bilateral por Rastreamento' é exame de suma importância nos casos de detecção do câncer de mama, em que um breve lapso de tempo pode significar a diferença entre a cura ou a disseminação da doença e eventual óbito do paciente.

As consequências são também gravosas considerando que a conduta delituosa resultou em prejuízo superior a um milhão de reais ao sistema público de saúde, já precarizado pela falta de recursos. Eventual falha no controle interno da municipalidade não minora a gravidade do delito.

Assim, considerando a existência de duas vetoriais negativas, mantenho a pena basilar em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Na segunda etapa, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na derradeira fase, diante da natureza instantânea dos crimes cometidos de forma continuada pelo acusado, incide o aumento de pena previsto no artigo 71 do Código Penal.

Observa-se, para tanto, o critério do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere ao aumento decorrente da continuidade delitiva: 1/6 (um sexto) para 2 (duas) infrações; 1/5 (um quinto) para 3 (três) infrações; 1/4 (um quarto) para 4 (quatro) infrações; 1/3 (um terço) para 5 (cinco) infrações; 1/2 (um meio) para 6 (seis) infrações; 2/3 (dois terços) para 7 (sete) ou mais infrações (HC 115.951, 5ª Turma, Rei. Ministro Napoleão Nunes Maria Filho, DJe 2-8-2010).

No caso em apreço, o condenado em 15 (quinze) ocasiões realizou a inserção de dados falsos no sistema informatizado do Sistema Único de Saúde. Assim, mostra-se razoável e proporcional o aumento da pena decorrente da incidência do artigo 71 do Código Penal no patamar de 2/3 (dois terços).

Destarte, resta a pena definitivamente fixada em 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea 'b', do Código Penal. (Grifei.)

Nessa linha intelectual, indene de dúvidas que a exasperação da pena-base deu-se de forma substancialmente fundamentada, ante a elevada carga de desvalor da culpabilidade e das consequências do

crime.

Note-se que, no tocante à culpabilidade, as instâncias ordinárias foram enfáticas ao mencionarem o fato de o paciente ter se valido de sua profissão de médico para cometer os crimes, ofício do qual se espera maior preocupação com a saúde e não o desprezo demonstrado por ele, que com sua conduta "levou incontáveis usuários do Sistema único de Saúde à espera prolongada por exames de extrema importância na prevenção, detecção e tratamento de doenças graves - a título de exemplo, a 'Mamografia Bilateral por Rastreamento' é exame de suma importância nos casos de detecção do câncer de mama, em que um breve lapso de tempo pode significar a diferença entre a cura ou a disseminação da doença e eventual óbito do paciente" (e-STJ fl. 80).

Já no que tange às consequências do delito, tanto o Juízo de piso quanto o Tribunal a quo invocaram o alto prejuízo ocasionado ao sistema público de saúde (mais de um milhão de reais), fator esse que não pode ser desconsiderado por ocasião da dosimetria da pena, sobretudo porque extrapola a normalidade do tipo, cabendo destacar que há muito a jurisprudência desta Corte autoriza que os danos suportados pelos cofres públicos redundem em majoração da pena-base, especificamente no que se refere à circunstância judicial relativa às consequências do crime.

Logo, justificada está a valoração negativa da culpabilidade e das consequências da infração penal, bem como o quantum da exasperação.

Em casos análogos, guardadas as devidas particularidades, esta Casa assim se posicionou:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 7.492/86). CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, JUSTIFICADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, QUE EXTRAPOLAM OS ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as teses defensivas invocadas, bastando que decida de forma motivada a questão. Na espécie, o decreto condenatório foi suficientemente fundamentado.

2. Alterar a conclusão do Tribunal de origem acerca da existência de elementos suficientes para a condenação constitui providência inadmissível em recurso especial ante o óbice do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

*3. Os vetores judiciais das circunstâncias e **consequências do crime** foram corretamente avaliados, tendo em conta que a utilização de documentos de pessoas inocentes para a consecução da fraude e o **grave prejuízo aos cofres públicos constituem elementos que extrapolam o tipo penal e autorizam a exasperação da pena.***

4. Inexiste um critério puramente aritmético para a dosimetria da

pena, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade, sopesar cada circunstância à luz da proporcionalidade, consoante seu prudente arbítrio, como na espécie, em que a pena varia entre dois e seis anos e foi fixada em três anos e seis meses de reclusão.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1733902/CE, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 30/05/2018, grifei)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO SUPOSTO PELO ERÁRIO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CULPABILIDADE. PRÁTICA DE DIVERSOS NÚCLEOS DO TIPO. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA. BIS IN IDEM EVIDENCIADO. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS RECOMENDÁVEL. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Decerto, conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o elevado prejuízo causado aos cofres públicos - que fora avaliado em R\$ 280.301,16 (duzentos e oitenta mil e trezentos e um reais e dezesseis centavos) ainda no ano de 2008 - permite a fixação da pena-base acima do piso legal, a título de consequências do crime, pois denota a maior reprovabilidade da conduta delitiva.

[...]

(HC 388.827/PE, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 10/05/2018, grifei)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO AO ERÁRIO. FUNDAMENTO IDÔNEO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.

2. É pacífica na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de agravamento da pena-base com fundamento no elevado prejuízo causado aos cofres públicos resultante dos tributos sonegados, ante a valoração negativa das consequências delitivas já que maior a reprovabilidade da conduta (AgRg no REsp 1134199/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/11/2012).

3. Apesar do parcelamento do débito fiscal pela empresa, a sua posterior exclusão do programa denota não ter havido a necessária minimização dos danos causados pelo delito, de modo que deve ser mantido o quantum da pena-base fixada.

4. Agravo regimental improvido. (AgInt no AREsp 1131761/GO, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018, grifei)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LONGO TEMPO DE EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO PATRIMONIAL ELEVADO AO ERÁRIO. ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - In casu, o aumento da pena-base encontra-se devidamente justificado na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime -, valoradas negativamente com base em elementos concretos, o que denota maior reprovabilidade da conduta.

IV - In casu, o fato da paciente ser funcionária pública, ocupando

cargo na Receita Federal do Brasil há mais de 28 (vinte e oito) anos, impõe maior responsabilidade no trato da coisa pública do que aquele esperado de alguém que acaba de ingressar no serviço público, razão pela qual se mostra devida a valoração negativa da culpabilidade. Precedentes.

V - O prejuízo patrimonial suportado pelo estado-administração - R\$ 600.000,00 -, com a indevida compensação de débitos de terceiros decorrente da conduta da paciente se mostra elevado e altamente prejudicial aos cofres públicos, ultrapassando, desse modo, à normalidade do tipo, restando fundamentada em elementos concretos a valoração negativa das consequências do crime.

Habeas Corpus não conhecido. (HC 414.548/RJ, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018, grifei)

[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. MÉDICO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DESFAVORABILIDADE. REPRIMENDA MOTIVADA NESSE PONTO. AÇÕES PENAIIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Não há como se acoimar de ilegal a sentença condenatória no ponto em que procedeu ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, bem evidenciada pela condição de médico do paciente que, devidamente demonstrada, é fundamento apto a respaldar uma pequena exacerbação da pena-base, como a que ocorreu no caso sub examine.

2. Havendo suficiente fundamentação quanto às consequências do delito para a vítima, que sofreu prejuízo em razão do crime praticado pelo acusado, não há que se falar em ilegalidade da sentença na parte em que aumentou a pena-base em razão da desfavorabilidade dessa circunstância judicial, nem do aresto que a manteve nesse ponto.

[...]

(HC 160.794/RS, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 04/05/2011, grifei)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DAS OUTRAS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA BASE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA (PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). EXISTÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. MAJORAÇÃO QUE NÃO SE MOSTROU DESPROPORCIONAL OU

DESARRAZOADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO NA VIA ESTREITA DO WRIT. AUSÊNCIA.

1. Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido no sentido de ser possível, existindo pluralidade de qualificadoras, a consideração de uma para justificar o tipo penal qualificado e das demais como circunstâncias judiciais ou agravantes da segunda fase da dosimetria da pena.

2. Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base quando são levados em consideração elementos concretos dos autos, aptos a justificar a exasperação da reprimenda-base a título de personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

3. É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, devendo ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.

4. Ordem denegada. (HC 173.608/RJ, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012, grifei.)

[...]

À vista do exposto, denego a ordem, tornando sem efeito a liminar anteriormente deferida.

Essa decisão foi publicada no DJe de 24/8/2018, sendo os autos arquivados.

Ante o exposto, **conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator