AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.394.763 - RS (2018/0296102-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	MARTA DUTRA MACHADO OLIVEIRA
ADVOGADO	:	BRUNO SELIGMAN DE MENEZES - RS063543
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial em desfavor de decisão que inadmitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que a agravante foi condenada pelo crime de estelionato (art. 171, § 3º, do Código Penal) à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos.

Interpostos recursos por ambas as partes, foi o da defesa parcialmente provido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região para redução da reprimenda para 1 ano, 5 meses e 23 dias de reclusão, em regime aberto, mantida a substituição por duas restritivas, por acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 900/901):

> *PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. ESTELIONATO MAJORADO PRATICADO CONTRA UNIVERSIDADE FEDERAL. ARTIGO 171, §3°, DO CÓDIGO PENAL. MAGISTÉRIO EM REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA E ATIVIDADES LABORATIVAS CONCOMITANTES. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ERRO DE PROIBIÇÃO INDIRETO. NÃO CONFIGURADO. LEI NOVA. NÃO OCORRÊNCIA DE NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA EM RELAÇÃO À AGRAVANTE DE VIOLAÇÃO DE DEVER DO CARGO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPARAÇÃO DOS DANOS. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO IMEDIATA.*
>
> *1. Para a configuração do delito de estelionato é necessário o emprego, pelo agente, do meio fraudulento e a obtenção de vantagem patrimonial indevida, para si ou para outrem, em prejuízo alheio. Exige-se, como elemento subjetivo, a presença da finalidade especial de agir.*
>
> *2. Não decorrido o lapso extintivo entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, não*

há falar em prescrição da pretensão punitiva pela pena concretamente aplicada.

3. Devidamente provados a autoria, a materialidade e os elementos subjetivos do tipo, e sendo o fato típico, antijurídico e culpável, considerando a inexistência de causas excludentes de ilicitude ou exculpantes, impõe-se a manutenção da sentença condenatória pela prática do delito previsto no artigo 171, §3°, do Código Penal.

4. O crime de estelionato em detrimento do erário público constitui crime permanente em relação à beneficiária da fraude.

5. Afastada a alegação de erro de proibição indireto inevitável diante da demonstração de que a ré possuía consciência do caráter ilícito da conduta praticada e da impossibilidade de atender pacientes em consultas odontológicas particulares concomitantemente ao exercício do magistério sob o regime de dedicação exclusiva, não sendo comprovada pela justificação do erro pelas circunstâncias do caso.

6. A Lei 13.243/2016, embora regulamente a modalidade de dedicação exclusiva, não autoriza a quebra do referido regime, apenas permite que as universidades públicas consintam com atividades esporádicas de seus discentes em número de horas anuais superior ao anteriormente estabelecido, não havendo se falar em novatio legis in mellius, considerando que a manutenção de consultório particular não se enquadra no conceito de trabalho esporádico.

7. Na primeira fase da dosimetria, mantida a valoração negativa da vetorial culpabilidade, haja vista a reprovabilidade da conduta, por se tratar de professora universitária, doutora na área da Odontologia, que agiu com desrespeito à coisa pública.

8. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea, consoante enunciado sumular 545 do Superior Tribunal de Justiça, e mantida a agravante da violação de dever inerente ao cargo, prevista no artigo 61, inciso II, 'g', do Código Penal, com preponderância da primeira, conforme artigo 67 do mesmo diploma legal.

9. Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, adequada a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade de prestação pecuniária, esta preservada no montante arbitrado em sentença.

10. Presente pedido do órgão acusatório somente em sede de memoriais, sem possibilidade de exercício do contraditório pela defesa, incabível a condenação à reparação mínima dos danos causados pela infração penal, nos termos do verbete sumular 131 deste Colegiado.

11.0 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.

Foram opostos embargos de declaração, que restaram não conhecidos (fls. 921/929).

Na petição de recurso especial, a parte recorrente alega que o acórdão contrariou a jurisprudência firmada no Tribunal Regional da 5ª Região e entre as Turmas do próprio TRF4ª no sentido de absolver os réus da conduta delitiva imputada, considerando a existência de uma infração administrativa e não penal, pois avaliou equivocadamente algumas circunstâncias judiciais (conduta social, circunstâncias e consequências do crime). Assegura a aplicação do princípio da intervenção mínima do Estado no caso dos autos. Aduz pela impossibilidade de configuração da figura do estelionato por omissão (art. 171, do CP), ao mais porque não demonstrada a ausência de má-fe (dolo específico). Argui existência de erro de proibição indireto (art. 21 do CP). Afirma que a Lei n. 13.243/16 é novatio legis in mellius e deve ser aplicada ao caso, especificamente quanto ao elemento de esporadicidade do desenvolvimento de atividades em consultórios, não dependendo de autorização administrativa.

Requer seja absolvida das imputações em razão de sua conduta não configurar cirme, ou, pelo erro de proibição indireto inevitável.

Decisão de inadmissibilidade do recurso especial às fls. 1118/1122 afirmando que se encontra presente o óbice da Súmula n. 7/STJ e por não configuração do dissídio jurisprudencial.

Agravo em recurso especial às fls. 1139/1185.

Contraminuta ao agravo em recurso especial às fls. 1206/1212.

Parecer ministerial pelo desprovimento do recurso especial (e-STJ, fls. 1252/1254).

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo eis que tempestivo e impugnou os fundamentos da decisão recorrida.

Passo à análise do recurso especial.

Não merece provimento a pretensão recursal.

A parte recorrente interpõe o recurso pela alínea "c" do permissivo

constitucional, e, além de não indicar quais os dispositivos tidos por violados, traz como paradigma acórdão proferido em julgamento de *habeas corpus,* o que é inadmissível. No sentido:

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TIPICIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO, NOS TERMOS LEFAIS E REGIMENTAIS. AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.*
>
> *I - Quanto à dosimetria da pena, faz-se necessário observar que, em regra, tal operação está vinculada ao conjunto fático-probatório dos autos. Desse modo, a revisão do cálculo pelas instâncias superiores depende da constatação de ocorrência de ilegalidade flagrante, que justifique a revisão da pena imposta a partir da adequada valoração dos fatos e provas que delineiam as circunstâncias peculiares de cada caso concreto. No caso dos autos, contudo, a Corte a quo apresentou fundamentação idônea para exasperar a pena-base em fração acima de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial valorada negativamente (circunstâncias e consequências do delito), uma vez que restou evidenciada a complexidade do esquema criminoso,ensejando inclusive a persecução penal de terceiros, além da utilização indevida de contas correntes de clientes na movimentação ilícita de recursos, bem como a falência da instituição financeira, o que não constituem somente elementares do tipo penal de gestão fraudulenta, bem como porque, como bem asseverado pelo acórdão recorrido, "as circunstâncias judiciais concretas (tanto a quebra da instituição financeira quanto o uso e manejo de contas de terceiros, com impactos até mesmo jurídico-penais em suas vidas) se revelam graves e ensejam valoração da pena em patamar superior a um sexto sobre o mínimo legal, obedecido o próprio teto do caso concreto, fixado na sentença (ante a ausência de recurso acusatório)". Precedentes.*
>
> *II - Havendo a instância de origem declinado, de forma explícita, as razões baseado nas provas carreadas aos autos pelas quais concluiu pela condenação do recorrente quanto ao delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, e sendo esse um juízo de fato e de valoração probatória, qualquer conclusão em sentido contrário, em sede de recurso especial, como ressaltado no decisum reprochado, esbarraria, sem dúvidas, no óbice da Súmula n. 7/STJ. Ademais, tal óbice não foi aplicado quanto à dosimetria da pena, tanto que o apelo nobre teve parcial conhecimento, sendo descabidas quaisquer*

argumentações no presente inconformismo.

III - Cumpre asseverar a impossibilidade de conhecimento do apelo nobre pela alínea c do permissivo constitucional, seja porque pacífico o entendimento quanto à impossibilidade de manejo de acórdão prolatado em habeas corpus, como paradigma, porquanto possui cognição mais ampla que à deferida ao recurso especial que, no presente caso, não foi devidamente confrontado com o acórdão recorrido por meio do indispensável cotejo analítico a fim de que fosse demonstrada a similitude fática e a dissonância na interpretação jurídica. Ressalte-se que a tabela colacionada na petição de agravo não tem o condão de satisfazer essa exigência, porquanto feita de forma extemporânea, a destempo, em que pese alegações em sentido contrário no presente recurso. Decisão mantida.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1.427.254/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2019)

É assente nesta Corte Superior o entendimento de que há a necessidade de indicação do dispositivo de lei federal objeto da divergência. Incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal - STF.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO PELA ALÍNEA "C" DO INCISO III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NO QUAL SE FUNDA A DIVERGÊNCIA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. ***1. A interposição pela alínea "c" do inciso III do art. 105 da CF exige a indicação do dispositivo de lei federal sobre o qual se funda a divergência. Incidência da Súmula 284 do STF.*** *Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1013384/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017 - Grifo Nosso).*

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO. OMISSÃO NO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO. INEXISTÊNCIA. INTIMAÇÃO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL. QUESTÃO SURGIDA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. SUFICIÊNCIA DA PROVA PARA

EMBASAR A DENUNCIA. SÚMULA 7/STJ. ADITAMENTO. REGULARIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. VALIDADE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.727. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. RECURSO COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.

(...)

9. A falta de indicação do dispositivo de lei federal a que os acórdãos teriam conferido interpretação divergente evidencia deficiência na fundamentação recursal que impede o conhecimento do recurso especial ante à incidência do enunciado 284 da súmula do Supremo Tribunal Federal. *10. Recurso improvido. (REsp 1525437/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016 - Grifo Nosso).*

Diante disso, o conhecimento do recurso especial encontra óbice na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal: *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"*.

Ainda que se entendesse que o recurso está também calcado na alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal, além de não indicada a violação aos dispositivos citados nas razões do especial, o que por si só conduziria à incidência de Súmula n. 284/STF, por não demonstrada com efetividade qual seria a ofensa à Lei Federal, os temas trazidos à análise (tipicidade, aplicação do princípio da intervenção mínima, configuração dos elementos subjetivos do tipo e não configuração de erro de proibição, bem como inaplicabilidade da Lei n. 12772/12 ao caso concreto) implicariam em revolvimento fático-probatório do autos, vedado pela Súmula n. 7/STJ.

Isso porque a Corte originária consignou o seguinte:

O delito cuja prática é imputada a ré encontra-se assim descrito no Código Penal:

Art. 171.

(...)

A defesa sustentou a atipicidade da conduta, alegando ser prática socialmente aceita, que não ocasionou prejuízo e que era conhecida pelos gestores da Universidade Federal de Santa Maria. Nada obstante, verifico, pela análise dos autos, que os acontecimentos se enquadram perfeitamente ao tipo penal de estelionato.

(...)

Com efeito, coaduno com o posicionamento exarado pelo

magistrado a quo no sentido de que a dedicação e o empenho da denunciada nas atividades acadêmicas não retiram a ilicitude do fato, sequer abonam a conduta de receber, por anos, um adicional salarial relativo à dedicação exclusiva ao magistério, enquanto, simultaneamente, percebia remuneração advinda de particulares pelo exercício autônomo e profissional da odontologia.

Ademais, não merece acolhida a tese no sentido de ser aplicado, no caso, o critério hermenêutico da intervenção mínima. Em que pese reprimenda já imposta no âmbito administrativo *e o encargo assumido por Marta de reparar o dano,* ***o postulado da independência das esferas administrativa, cível e criminal - de acordo com o artigo 12 da Lei 8.429/92 - se impõe, dada a relevância da conduta perpetrada.*** *Trata-se de estelionato praticado por professora universitária em detrimento de Autarquia Federal, em que o prejuízo acarretado aos cofres públicos alcançou o expressivo valor de R$235.276,96 (duzentos e trinta e cinco mil, duzentos e setenta e seis reais e noventa e seis centavos).*

A aplicação do critério despenalizante mencionado tem lugar quando for possível verificar, em relação à conduta do agente, uma ofensividade mínima, podendo esta assim ser considerada se a ação, apesar de encontrar tipificação no ordenamento pátrio, não vier a representar periculosidade social, bem como contar com grau de reprovabilidade irrisório, mercê de o ataque ou a omissão levados a efeito pelo suposto autor do fato não implicarem lesão expressiva ao bem jurídico penalmente tutelado, permitindo o reconhecimento do chamado crime de bagatela, que se caracteriza por não deter caráter criminal relevante.

(...)

Ademais, no que se refere ao delito do artigo 171 do Código Penal, exige-se, como elemento subjetivo, a presença de finalidade específica, consistente no intuito do agente de apoderar-se de vantagem ilícita, para si ou para outrem. Sendo crime material, consuma-se no momento e no local em que o agente obtém a vantagem ilícita, em prejuízo de outrem.

No caso, apesar de a defesa sustentar a ausência de dolo, ***é evidente que MARTA DUTRA MACHADO OLIVEIRA, mediante meio fraudulento consubstanciado na omissão deliberada de comunicar formalmente à Universidade quanto ao exercício de atividade privada paralelamente ao desempenho do cargo de professora em dedicação exclusiva, e no descompromisso consciente com as regras de tal regime, obteve vantagem patrimonial ilícita,*** *consistente no acréscimo salarial que recebia indevidamente, em detrimento da autarquia federal de ensino, causando ao erário um prejuízo no montante de R$235.276,96 (duzentos e trinta e cinco mil, duzentos e setenta e seis reais e noventa e seis centavos).*

(...)

A ré, ao assinar o Termo de Compromisso de Dedicação Exclusiva, demonstrou ter ciência quanto ao impedimento do exercício

de outra atividade remunerada, pública ou privada, paralela à docência, conforme previsto na Lei 5.539/68 e no Decreto 94.664/87, considerando, ainda, que sua condição de professora lhe permitia absoluto domínio dos deveres e das exigências com os quais se comprometera perante a Universidade.

(...)

Aponta a defesa a ocorrência de erro de proibição indireto inevitável, já que teria suposto estar agindo sob a excludente de ilicitude do artigo 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal. Isso porque a existência de casos análogos teria feito com que a denunciada acreditasse estar agindo de acordo com legítimo direito.

Tal argumentação não procede. A legislação apresenta-se indene de dúvidas ao impedir o exercício de atividades laborativas paralelas ao do magistério em regime de dedicação exclusiva. Do mesmo modo, o conteúdo e a inteligibilidade das normas pertinentes poderiam ser facilmente buscados mediante consulta formal junto à chefia de departamento. ***Logo, não há falar em erro inevitável.***

Além disso, não merece amparo a tese de que MARTA DUTRA MACHADO OLIVEIRA - profissional de nível superior, portadora de título de doutorado, com anos de experiência - pensava agir licitamente porque atuava da mesma forma que inúmeros colegas e sem ocultar seu consultório. ***De fato, o que se evidencia pelos elementos coligidos aos autos é que a acusada desempenhou a prática profissional da odontologia sem o conhecimento oficial da Universidade Federal de Santa Maria e em contraposição ao regramento imposto aos docentes optantes pelo regime de dedicação exclusiva. Portanto, não há respaldo para o acolhimento do erro de proibição, v****isto que plenamente possível à ré ter consciência da vedação legal e da ausência de qualquer descriminante sobre o caso.*

(...)

8. Lei nova

Nesse aspecto, considerando que a questão foi bem fundamentada pelo magistrado de origem e para evitar eventual tautologia, peço vênia para destacar trecho da decisão guerreada (evento 198, idem), o qual tomo como razões de decidir:

'Outra tese de defesa da Ré é no sentido de que a Lei n" 12.772/12 teria alterado o 'conceito de esporadicidade', de modo que o disposto no art. 21, inciso XII, §4", retroagiria de forma benéfica à Ré, importando na não configuração de violação à dedicação exclusiva.

(...)

Ora, a Lei n° 12.772/12 permite o exercício de determinadas atividades pelo professor em regime de dedicação exclusiva, porém, todas estão relacionadas ao ambiente acadêmico/científico e não se confundem com a prática odontológica de consultório particular, em absoluto. *Neste aspecto, verifico que as permissões legais dizem respeito, ou ao exercício de atribuições institucionais (de cunho administrativo), ou a atividades relacionadas à produção científica e tecnológica.*

Ademais, a ampliação do número de horas em atividades paralelas, desde que autorizadas pela instituição de ensino e para certas atividades, não modifica o conceito do que seja um trabalho esporádico. Definitivamente, manter consultório particular nada tem de esporádico ou eventual, muito menos se encontra dentre as exceções estipuladas na lei. A modificação legislativa arguida pela defesa não acarreta nenhum benefício à Ré. apenas significa que as universidades públicas poderão consentir que o seu corpo docente ocupe-se em atividades esporádicas em um número de horas anuais superior ao anteriormente permitido.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator