RECURSO ESPECIAL Nº 1.494.212 - RN (2014/0298809-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE	:	ERMANCE FERNANDES PINHEIRO
ADVOGADOS	:	FRANCISCO MARCOS DE ARAÚJO - RN002359
		JOSÉ LUIZ CARLOS DE LIMA - RN002709
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por ERMANCE FERNANDES PINHEIRO, com fulcro nas alíneas a e c, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado, por infração do art. 171, § 3º (estelionato majorado) e do art. 316 (concussão), ambos do Código Penal, a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e multa.

Interpostas apelações, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao da apelação em acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 950/951);

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 171, § 3º C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CONCUSSÃO. ART. 316 DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. APROPRIAÇÃO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) MEDIANTE INSERÇÃO DE INFORMAÇÕES FALSAS EM AUTORIZAÇÃO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR (AIH). EXIGÊNCIA DE VANTAGENS INDEVIDAS A PACIENTES ASSISTIDOS PELO SUS VALENDO-SE DA CONDIÇÃO DE MÉDICO CONVENIADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DAS CONDENAÇÕES IMPOSTAS NA SENTENÇA. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA PÓR FUNDADA EM CONJUNTO PROBATÓRIO OBTIDO NA FASE INQUISITORIAL. VEDAÇÃO. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REDAÇÃO PELA LEI ¹ 11.690/2008. MANUTENÇÃO DAS ABSOLVIÇÕES CONSIGNADAS NA SENTENÇA. CRIME DE ESTELIONATO. IDÊNTICAS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MODUS OPERANDI. CONTINUIDADE DELITIVA CARACTERIZADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. EXACERBAÇÃO DA*

PENA. ADOÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS A PARTIR DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA POUCO ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. PENA DE MULTA. ERRO MATERIAL DE NATUREZA ARITMÉTICA. DEVIDA CORREÇÃO. VALORAÇAO DO DIA-MULTA. CORRESPONDÊNCIA À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. FINALIDADE PUNITIVA. APELAÇÃO DA DEFESA IMPROVIDA. APELAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR PARCIALMENTE PROVIDA.

I. Não há como dissociar, diante do momento de fragilidade dos pacientes e seus acompanhantes, o alegado "mero pedido com o atendimento por liberalidade ou gratidão" do tipo penal do art. 316 do Código Penal, tendo em vista que o serviço médico oferecido - procedimento cirúrgico - seria realizado através do SUS, não se adequando a necessidade de complementação dos valores ao objetivo de melhoria do serviço prestado, mas sim que apenas desta forma poderiam ter um procedimento de qualidade, não apenas no decorrer da cirurgia como no pós-operatório.

II. Ao se confrontar as provas - testemunho das pessoas que teriam sido internadas e as autorizações de internamento objeto de alegada convalidação por auditoria do SUS, contudo com dados incompatíveis com a realidade firmada pelas testemunhas - tem-se por demonstrado, na realidade, que o agir do réu induziu a erro aquela auditoria para a obtenção de vantagens, no caso o pagamento dos procedimentos médico-hospitalares pelo SUS, o que firma o tipo penal do art. 171 do Código Penal.

III. Não se verifica maculada a absolvição do réu por outros delitos narrados na peça acusatória eis que embasada no art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n° 11.690/2008, que veda a condenação baseada unicamente nas provas colhidas na esfera inquisitorial, no caso os depoimentos unicamente perante a autoridade policial.

IV. Não há como se aplicar, ao crime de estelionato, o instituto do concurso material quando se verifica que as duas condutas ocorreram no mesmo mês (fevereiro/2007), no mesmo lugar (Casa de Saúde e Maternidade Santa Luzia), e com o mesmo modus operandi (falsificação de autorizações de internamento hospitalar para o recebimento indevida de verbas do SUS).

V. Presente circunstâncias judiciais em desfavor do réu é de se dissociar do mínimo legal a pena base.

VI. Adotando-se um critério objetivo diretamente proporcional ao total de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao acusado, tem-se por pertinente um reescalonamento, com a exasperação ainda próxima do mínimo legal, no caso específico do crime de estelionato em 2 (dois) meses e, para os crimes de concussão, em 3 (três) meses, conduzindo, ao final, as penas-base de 1 (um) ano e 2 (dois) meses para o crime de estelionato e de 2 (dois) anos e 3 (três) meses para cada uma das

condutas do crime de concussão.

VII. Adequada a quantificação adotada na sentença, contudo com reparos quanto à terceira fase da dosimetria quanto ao crime de estelionato, ao se verificar que 1/3 (um terço) da pena-base de 12 (doze) dias-multa conduz a um acréscimo de 4 (quatro) dias-multa, e não de 3 (três) como consignado na sentença, configurando-se erro material aritmético que aqui se repara.

VIII. A pena de multa deve ser valorada em atendimento à situação econômica do réu e de forma a demonstrar sua finalidade punitiva.

IX. Apelação interposta pela defesa improvida.

Apelação manejada pela acusação parcialmente provida, tão somente para fixar as penas de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e em 18 (dezoito) dias-multa para o crime de estelionato e, para cada um dos crimes de concussão, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 40 (quarenta) dias-multa, resultando,diante do concurso material, em uma pena concreto e definitivas em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 98 (noventa e oito) dias-multa, cada qual valorado em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos últimos fatos (fevereiro/2007), quando da execução.

Os embargos de declaração opostos pela defesa não foram acolhidos em julgado que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 1010):

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ESTELIONATO MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 171, § 3º C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CONCUSSÃO. ART. 316 DO CÓDIGO PENAL. REABERTURA DE DISCUSSÃO ACERCA DE MATÉRIA JÁ ANALISADA. IMPOSSIBILIDADE.

I. Os embargos de declaração - previstos nos arts. 619 e 620, do Código de Processo Penal - têm o único condão de averiguar a existência de eventual contradição, omissão ou obscuridade na decisão embargada, não servindo à reabertura de discussão de questões exaustivamente apreciadas ou mesmo discutir matéria não objeto do recurso original a que é incidentemente oposto.

II. Às questões suscitadas demonstram unicamente a pretensão de rediscutir a matéria, ao que não se prestam os embargos de declaração.

III. Embargos de declaração improvidos.

No presente recurso especial, alega a defesa violação do art. 535 do Código de Processo Civil, invocando a negativa de prestação jurisdicional.

Sustenta, ainda, ofensa ao art. 316 do Código Penal e dissídio jurisprudencial, argumentando, nesse ponto, que o recorrente não "exigiu" o pagamento, mas apenas "pediu" uma contribuição, que foi paga por deliberação e generosidade pelos parentes do doente, que pretendiam propiciar-lhe um tratamento mais eficaz e atencioso.

Aduz, também, apontando violação do art. 171 do Código Penal, que o crime de estelionato que teria sido praticado por meio de declarações de falsas internações não se consumou, tendo em vista as provas dos autos que demonstram que as internações, de fato, ocorreram. No ponto, afirma o recorrente que "o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar que existiu a obtenção, por parte do Apelante, da vantagem patrimonial ilícita e o prejuízo patrimonial imposto à vítima, *in casu* o SUS" (e-STJ fl. 1.076). Além disso, afirma que a prova testemunhal que deu conta de tais delitos não foi refeita em juízo, constando unicamente do inquérito policial.

Por fim, invoca violação do art. 59 do Código Penal e dissídio jurisprudencial, alegando excesso na fixação da pena-base do crime de concussão, tendo em vista a utilização de elementares do delito para o agravamento na primeira fase da dosimetria, pleiteando a fixação no mínimo legal.

Requer que esta Corte conheça do recurso especial e que o proveja para anular o acórdão impugnado por negativa de prestação jurisdicional ou, se não for esse o entendimento, para reformar o acórdão, absolvendo o recorrente por atipicidade e fragilidade de provas ou, ainda, para reformar no tocante à dosimetria da pena.

As contrarrazões foram juntadas às e-STJ fls. 1.152/1.166.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento do recurso em parecer que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 1.176):

> *RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO E ESTELIONATO.*
>
> *INFRINGÊNCIA AO ART. 535, I E II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.*

> *INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PLEITO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA COM RELAÇÃO AO CRIME DE CONCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ILÍCITO QUE RESTOU CONFIGURADO. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS AO RÉU. POSTULAÇÃO PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.*

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, quanto à alegada negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que a súplica não merece ser acolhida. É que, ao contrário do sustentado pela defesa, o Tribunal de origem decidiu as questões postas de maneira suficiente, específica e fundamentada. Mostra-se desnecessária, portanto, qualquer manifestação adicional a respeito do tema, porque esgotada a matéria debatida, não havendo que se falar em nenhum vício no acórdão recorrido.

Quanto à configuração do crime de concussão, verifica-se que, conforme os fatos dispostos no acórdão, a conduta do recorrente, embora não demasiadamente incisiva ou violenta, demonstra exigência do valor extra para a prestação do serviço médico, conforme se pode inferir do contexto fático delineado no acórdão (e-STJ fl. 944):

> *Ainda que se alegue que não houve exigência de vantagem, a configurar o crime de concussão, mas mero pedido que veio a ser atendido por liberal idade ou gratidão dos pacientes e familiares, não há como dissociar o seu agir do tipo penal do art. 316 do Código Penal, tendo em vista que o serviço médico oferecido - procedimento cirúrgico - seria realizado através do SUS, não se adequando a necessidade de complementação dos valores ao objetivo de melhoria do serviço prestado.*
>
> *Acrescente-se, por oportuno, que o aludido "pedido", aos ouvidos dos pacientes e/ou seus familiares, que buscavam o serviço médico na Casa de Saúde e Maternidade Santa Luzia, se apresentavam como exigência, diante da promessa de só desta forma poderiam ter um procedimento de qualidade, não apenas no decorrer da cirurgia como no pós-operatório.*
>
> *Assim, valer-se de um momento de fragilidade com o alegado "pedido" nada mais é do que uma singela tradução do tipo penal "exigir".*

Com efeito, sobre o tema, a doutrina explica que "exigir significa ordenar ou demandar, havendo aspectos nitidamente impositivos ou intimidativos na conduta, que não precisa ser, necessariamente violenta" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 16. edição. Rio de Janeiro: editora Forense, 2016, p. 1.388).

Como se vê, na espécie, houve, de fato exigência – que, como assinalado, também se compreende como "demandar" – sob a promessa de um tratamento de saúde diferenciado, o que se mostra suficiente para a configuração da intimidação, estando, portanto, no caso, configurada a figura delitiva da concussão, em que pese a irresignação da defesa.

Quanto às alegações de fragilidade da prova para a condenação pelo crime de estelionato, verifica-se que a pretensão esbarra no óbice previsto na Súmula n. 7/STJ, uma vez que a análise das afirmações de que o Ministério Público não foi capaz de ilidir a prova das internações exigiria cotejo probatório inviável na via eleita.

A propósito:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL. LIVRE APRECIAÇÃO E VALORAÇÃO DAS PROVAS. CONDENAÇÃO FUNDADA APENAS EM PROVAS PRODUZIDAS NA VIA INQUISITORIAL. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 211/STJ. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. APLICABILIDADE DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, "b", CP. SÚMULA 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTO IDÔNEO. POSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE DA ESTRUTURA UTILIZADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> [...]
>
> *3. Tendo as instâncias ordinárias entendido pela existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, aferir a fragilidade do conjunto fático-probatório encontra óbice no enunciado sumular 7/STJ, o qual veda o reexame de provas na estreita via do recurso especial.*
>
> *8. Agravo regimental improvido.*
>
> (AgRg no REsp 1515950/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017)

Além disso, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não é nula a condenação baseada em prova inquisitorial, desde que seja corroborada por outros elementos contidos nos autos, o que se verificou no presente caso.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 155 DO CP. EVENTUAL VÍCIO OCORRIDO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE CONTAMINAÇÃO DO PROCESSO PENA. NULIDADE DA PROVA INQUISITORIAL AFASTADA PELA CORTE DE ORIGEM. NARRATIVA DA OFENDIDA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. Eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória - inquérito policial -, em razão de sua natureza inquisitiva, não contaminam, necessariamente, o processo penal, consoante a iterativa jurisprudência deste Sodalício. Precedentes. Súmula 83 do STJ.*
>
> *2. A Corte originária afastou a existência de nulidade por não considerá-la presente e, mesmo que a houvesse, o vício estaria circunspecto à fase inquisitorial.*
>
> *3. O Tribunal de origem assentou que a narrativa da ofendida encontra respaldo em outras provas a sustentar o juízo condenatório, além da suposta prova inquisitorial nula. 3.1. O acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões do especial, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ.*
>
> *4. Agravo regimental improvido.*
>
> (AgRg no AREsp 1078052/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018)
>
> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO VERIFICADA NA CONTAGEM DE PRAZO RECURSAL. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES, A FIM DE PROPICIAR O CONHECIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.*
>
> *[...]*
>
> *CONDENAÇÃO CORROBORADA POR ELEMENTOS DE PROVA COLHIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.*

IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. 1. Embora esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que as instâncias ordinárias apoiaram-se, também, em elementos de prova reunidos sob o crivo do contraditório.

2. Para reconhecer que o édito condenatório se amparou em provas insuficientes, seria necessário aprofundado reexame de fatos e provas, providência que esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior de Justiça.

[...]

(EDcl no AgRg no AREsp 1014854/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1.

VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS INQUISITORIAIS. NÃO VERIFICAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 2. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. RECOMENDAÇÃO LEGAL. CONFIRMAÇÃO POR OUTRAS PROVAS. SÚMULA 83/STJ. 3. CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES DE CONCUSSÃO E CÁRCERE PRIVADO. EXAME QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CRIME FORMAL E CRIME MATERIAL. CONDUTAS AUTÔNOMAS. 4. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

NÃO VERIFICAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 5. ILEGALIDADE DA DOSIMETRIA. NÃO VERIFICAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE VALORADAS. REVISÃO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. 6. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 7. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Pela leitura do acórdão recorrido, observa-se que a condenação do recorrente se embasou em amplo e vasto arcabouço probatório produzido não apenas em inquérito policial, mas também durante a instrução processual. Como é cediço, o art. 155 do CPP não veda o uso de elementos informativos colhidos na investigação, mas apenas sua utilização com exclusividade, quando não houver outras provas judicializadas, o que não é a hipótese dos presentes autos.

Incidência do enunciado n. 83/STJ.

[...]

> *7. Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> (AgRg no REsp 1366683/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017)

Por fim, no que tange à dosimetria, verifica-se que a pena foi assim aplicada na origem (e-STJ fls. 945/948):

> *Passo, por fim, às insurgências quanto à dosimetria da pena, pugnando a defesa a redução da pena aplicada aos delitos de concussão,* ***à alegativa de inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis,*** *e, a acusação, para afastar a pena-base do mínimo cominado no caso do estelionato, por preponderância de circunstâncias judiciais negativas, pretendendo-a próxima ao máximo, bem como para o crime de concussão, ponderada na sentença próxima ao mínimo; e a exasperação do valor do dia-multa, por não condizente com a situação econômica do réu.*
>
> *Colho da sentença (fls. 458/460), verbis:*
>
> > ***- Delito de estelionato majorado em continuidade delitiva***
> >
> > ***Considerando a culpabilidade normal à espécie; que o réu é primário e possui bons antecedentes; que, pelo que dos autos consta, a sua conduta é normal no meio social; que a sua personalidade não demonstra agressividade, má índole, nem revela antagonismo com a ordem social, enquadrando-se na classificação de agentes ocasionais; que o motivo do delito consistiu na tentativa de obtenção do lucro fácil; que as circunstâncias demonstram que o réu falsificou documentos para obter indevidamente verbas destinadas ao custeio do SUS; que houve conseqüências penais consistentes na obtenção ilegal de RS 974,36 (novecentos e setenta e quatro reais e trinta e seis centavos) no crime em apreço; fixo, à luz das circunstâncias judiciais analisadas, a pena-base em l (um) ano de reclusão e 12 (doze) dias-multa.***
> >
> > *Diante da inexistência de circunstâncias atenuantes e agravantes, mantenho a pena provisória em 1 (um) ano de reclusão e 12 (doze) dias-multa.*
> >
> > *Por sua vez, ocorrendo a causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal, porquanto ocorrido o delito em detrimento de entidade de direito público, aumento a sanção em 1/3 (um terço),isto é, 4 (quatro) meses e 3 (três) dias-multa, ficando a pena provisória em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses reclusão e 15 (quinze) dias-multa.*
> >
> > *Incide, no caso concreto, a regra do art. 71 do CP, isto é, a continuidade delitiva, pela prática de 2 (dois) delitos de estelionato majorado nas condições citadas no dispositivo retrocitado, pelo que aumento a pena em 1/6 (um sexto), isto é, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias e 2 (dois) dias -multa, ficando a pena provisória em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias e 17 (dezessete) dias- multa, a qual*

torno definitiva e concreta.

- Delito de concussão (paciente José Gregório da Silva)

Considerando a culpabilidade normal à espécie; que o réu é primário e possui bons antecedentes; que, pelo que dos autos consta, a sua conduta é normal no meio social; que a sua personalidade não demonstra agressividade, má índole, nem revela antagonismo com a ordem social, enquadrando-se na classificação de agentes ocasionais; que o motivo do delito consistiu na tentativa de obtenção do lucro fácil; que as circunstâncias demonstram que o réu falsificou documentos para obter indevidamente verbas destinadas ao custeio do SUS; que houve conseqüências penais consistentes na obtenção ilegal de RS 1.100,00 (mil e cem reais) no crime em apreço; fixo, à luz das circunstâncias judiciais analisadas, a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Diante da inexistência de circunstâncias atenuantes e agravantes, mantenho a pena provisória em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Não ocorrendo, in casu, causas de diminuição e de aumento de pena, torno concreta e definitiva a pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

- Delito de concussão (paciente Aldir de França Soares)

Considerando a culpabilidade normal à espécie; que o réu é primário e possui bons antecedentes; que, pelo que dos autos consta, a sua conduta é normal no meio social; que a sua personalidade não demonstra agressividade, má índole, nem revela antagonismo com a ordem social, enquadrando-se na classificação de agentes ocasionais; que o motivo do delito consistiu na tentativa de obtenção do lucro fácil; que as circunstâncias demonstram que o réu falsificou documentos para obter indevidamente verbas destinadas ao custeio do SUS; que houve conseqüências penais consistentes na obtenção ilegal de RS 600,00 (seiscentos reais) no crime em apreço; fixo, à luz das circunstâncias judiciais analisadas, a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Diante da inexistência de circunstâncias atenuantes e agravantes, mantenho a pena provisória em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Não ocorrendo, in casu, causas de diminuição e de aumento de pena, torno concreta e definitiva a pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

No tocante à pena de multa, considerando a situação econômica do réu, médico das áreas pública e privada, fixo o valor do dia-multa em 1/20 (um vinte

avos) do salário-minimo em vigor na data da última prática delitiva (fevereiro de 2007) (...).

Como observado, em ambos os tipos penais há a presença de consequências negativas, o que, de logo, afasta a possibilidade da fixação da pena-base no seu mínimo legal, no caso específico

em relação ao crime de estelionato.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

[...]

Tomando-se um critério objetivo, a exemplo do definido por Guilherme de Souza Nucci (Código Penal comentado, 1 l.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 438/440), encontrando-se valorações positivas, tem-se por pertinente um reescalonamento, com a ***exasperação ainda próxima do mínimo legal****, no caso específico do* ***crime de estelionato em 2 (dois) meses*** *e, para os crimes de* ***concussão, em 3 (três) meses****, conduzindo, ao final, as penas-base de 1 (um) ano e 2 (dois) meses para o crime de estelionato e de 2 (dois) anos e 3 (três) meses para cada uma das condutas do crime de concussão.*

Em relação à pena de multa, tenho por adequada a quantificação adotada na sentença, contudo com reparos quanto à terceira fase da dosimetria quanto ao crime de estelionato, ao se verificar que 1/3 (um terço) da pena-base de 12 (doze) dias-multa conduz a um acréscimo de 4 (quatro) dias-multa, e não de 3 (três) como consignado na sentença, configurando-se erro material de natureza aritmética que aqui se repara.

Desta forma, para o crime de ***estelionato, a pena final é de ser modificada para se fixar em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e em 18 (dezoito) dias-multa****; e,* ***para cada um dos crimes de concussão, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 40 (quarenta) dias-multa,*** *resultando, diante do concurso material, em uma pena concreto e definitiva em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 98 (noventa e oito) dias-multa.*

Por fim, quanto à valoração do dia-multa, que pretende a acusação ser elevada a 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época da condenação, por entender assim compatível à situação econômica do réu, quanto ao que não houve contrafação por parte da defesa em suas contrarrazões, tenho-a, então, por plausível, pelo que valoro o dia-multa em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos últimos fatos (fevereiro/2007), com a devida atualização quando da execução.

Posto isso, nego provimento ao apelo da defesa e dou parcial provimento ao apelo da acusação, tão somente para fixar as penas de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e em 18 (dezoito) dias-multa para o crime de estelionato e, para cada um dos crimes de concussão, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 40 (quarenta) dias-multa, resultando, diante do concurso material, em uma pena concreto e definitiva em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 98 (noventa e oito) dias-multa, cada qual valorado em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos últimos fatos (fevereiro/2007), com a devida atualização quando da execução. (Grifei.)

Como se observa do trecho acima transcrito, o Julgador singular considerou três vetoriais negativas, quais sejam, motivos, circunstâncias e conseqüências, para justificar o aumento da pena-base. Entretanto, apenas o fundamento utilizado para as conseqüências pode ser considerado válido, tendo em vista a importância relatada pelo prejuízo causada pela conduta do agente, considerável à época dos fatos. O motivo do lucro fácil, contudo, descreve elementar do crime de concussão, de modo que deve ser excluído.

A propósito:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP. CONDENAÇÃO DE EX-DEPUTADO ESTADUAL POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CONCUSSÃO. REDUÇÃO DA PENA DE CONCUSSÃO. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTAR INERENTE AO TIPO PENAL DE CONCUSSÃO (OBTENÇÃO DE LUCRO FÁCIL) COMO MOTIVO DO CRIME. OMISSÃO EM RELAÇÃO À FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA QUE SE RECONHECE. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NA MAJORAÇÃO DA PENA BASE DO DELITO DE QUADRILHA NÃO POSTA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.*
>
> [...]
>
> *2. De mais a mais, a cobiça, a ganância e a intenção de obter lucro fácil não constituem elementares do delito de formação de quadrilha, já que não necessariamente a convergência de esforços e interesses de seus integrantes se volta para o cometimento de delitos de viés patrimonial.*
>
> *6. Embargos de declaração acolhidos, em parte, para suprir omissão no tocante à fixação do regime inicial de cumprimento das penas impostas ao embargante, sem alterar o resultado do julgamento.*
>
> (EDcl nos EDv nos EREsp 1196136/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/09/2017, DJe 02/10/2017)

Da mesma forma, o aumento pelas circunstâncias, uma vez que o fundamento da falsidade é elementar do crime de estelionato, pelo qual o paciente já responde de forma apartada não pode recair novamente na basal da concussão, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Sendo assim, excluídas as vetoriais dos motivos e das circunstâncias, deve ser proporcionalmente reduzido o aumento da pena-base que era de 3 meses para três vetorias negativas, passando a 1 mês por se considerar que apenas o aumento pelas consequências está devida e idoneamente fundamentado.

Desse modo, o presente recurso deve ser acolhido, apenas nesse ponto, para fixar a pena-base de cada um dos crimes de concussão em 2 anos e 1 mês de reclusão e 38 dias-multa. Mantidas as demais condições estabelecidas no acórdão, fica a pena definitiva dos crimes de concussão em 4 anos e 2 meses e 76 dias-multa, somadas ao estelionato (1 ano, 9 meses e 18 dias-multa), passam, definitivamente, a ser estabelecidas em 5 anos e 11 meses de reclusão, e 94 dias-multa.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso e, nessa parte, dou parcial provimento apenas para reduzir a pena-base dos crimes de concussão para 2 anos e 1 mês, ficando a pena definitiva em 5 anos, 11 meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto estabelecido na origem, e 94 dias-multa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator