

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.969 - RS (2018/0130843-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : EDUARDO BOSA BILLIG
AGRAVANTE : CRISTIANO MORAES SCHERER
ADVOGADOS : WILLIAN SILVEIRA BATISTA E OUTRO(S) - RS082340
ANDRÉ BERVIAN CRESTANI - RS081987
JODACIR LUIZ PERIN - RS085364
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo de EDUARDO BOSA BILLIG e de CRISTIANO MORAES SCHERER contra decisão proferida no TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – TRF4 que não admitiu o seu recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal – CF.

Consta dos autos que os agravantes foram absolvidos da imputação pela prática dos delitos tipificados no artigo 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/91 (usurpação de bens pertencentes à União), e no art. 55, *caput*, da Lei n. 9.605/98 (extração mineral sem a devida licença ambiental), com fundamento no artigo 386, V, do Código de Processo Penal – CPP (fls. 479/485).

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação o qual foi provido para condenar os agravantes em 2 anos, 6 meses e 10 dias de detenção para ambos os delitos denunciados, na forma do art. 70 do CP. O acórdão ficou assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EXTRAÇÃO IRREGULAR DE MINÉRIO. ARTIGO 55 DA LEI 9.605/98. USURPAÇÃO DE BENS DA UNIÃO. ARTIGO 2º DA LEI 8.176/91. CONCURSO FORMAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VALORAÇÃO NEGATIVA. CONSEQUÊNCIAS. DANO AO MEIO AMBIENTE. QUANTIDADE DE MATERIAL EXTRAÍDO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. PENA DE MULTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. EXECUÇÃO IMEDIATA. PROVIMENTO.

1. Tendo em vista que as normas insculpidas nos artigos 2º da Lei 8.176/91 e 55 da Lei 9.605/98 tutelam bens jurídicos distintos (ordem econômica e meio ambiente), a conduta de explorar recursos minerais sem a respectiva autorização ou licença dos órgãos competentes enquadra-se em ambos os tipos penais, mediante concurso formal.

2. *Comprovada a exploração mineral à minguia dos títulos autorizativos do DNPM e do órgão ambiental competente, impõe-se a condenação dos réus às penas do artigo 2- da Lei 8.176/91 e do artigo 55 da Lei 9.605/98.*

3. *A culpabilidade dos agentes, entendida sob o espectro de um maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente, a partir de suas condições pessoais, refoge à normalidade.*

4. *As circunstâncias na qual o delito foi cometido autorizam a elevação da pena-base, tendo em vista o concurso de pessoas, que indica maior sofisticação na empreitada criminosa.*

5. *As consequências do delito devem ser consideradas graves quando há, no caso do delito do artigo 55 da Lei 9.605/98, dano ambiental decorrente da perpetração da conduta, nos termos do artigo 6º, I, da Lei 9.605/98, e, em relação ao delito do artigo 2- da Lei 8.176/91, quantidade significativa de minério extraído.*

6. *Quando há concurso de crimes, na forma do artigo 70 do Código Penal, primeira parte, acrescenta-se o valor 1/6 (um sexto) ao quantum da pena referente ao delito do artigo 2º da Lei 8.176/91.*

7. *Regime inicial de cumprimento aberto, nos termos do artigo 33, §2º, 'c', do Código Penal.*

8. *No que tange ao delito do artigo 2º da Lei 8.176/91, a pena de multa deve ser fixada conforme os critérios do artigo 2º, §2º, do mesmo diploma legal.*

9. *Em relação ao delito do artigo 55 da Lei 9.605/98, devem ser observadas, na pena de multa, todas as circunstâncias que influíram na dosagem da pena privativa de liberdade - judiciais, legais, majorantes e minorantes, critério que restou consolidado pela Quarta Seção desta Corte (EINACR 2002.71.13.003146-0/RS, D.E. 05-6-2007), e, uma vez atendida a idéia de proporcionalidade, num momento subsequente, o valor da penalidade pecuniária será informado/balizado pela capacidade econômica dos réus.*

10. *Presentes os requisitos exigidos pelo artigo 44, caput, e diante a previsão contida no §2º do mesmo artigo do Código Penal, viável a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e em prestação pecuniária.*

11. *Nos termos da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, resta autorizado 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.*

12. *Provimento do apelo (fls. 623/624).*

Em sede de recurso especial, a defesa alegou, preliminarmente, nulidade

absoluta, porque os delitos capitulados nos artigos 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/91, e 55, *caput*, da Lei n. 9.605/98, protegem o meio ambiente em sentido estrito, sendo irrelevante o fato da suposta exploração mineral ser de bem da União. Destaca que o local dos fatos é propriedade particular, com licenciamento ambiental de competência de órgão estadual, conforme artigos 1º e 7º da Lei Complementar n. 140/2011. Entende, assim, inaplicável o disposto no art. 109, IV, da CF.

Em seguida, a defesa argumentou pela violação ao disposto no art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/91, porquanto este foi derogado tacitamente pelo artigo 55 da Lei n. 9.605/98, ante aplicação do princípio da especialidade que afasta o concurso formal, sendo certo que o delito da lei ambiental tutela a mesma conduta do delito da lei contra a ordem econômica.

Noutro ponto, a defesa sustentou violação ao art. 155 do CPP, pois a condenação decorreu de elementos colhidos durante o inquérito policial que não foram renovados na instrução criminal. Ressalta que não há prova de que o trator de Cristiano ou de que Cristiano extraiu as pedras apreendidas.

Por fim, a defesa apontou violação aos artigos 59 e 60, ambos do CP, porque não fundamentada de modo idôneo a exasperação da pena-base e o montante da pena de multa, notadamente diante das circunstâncias judiciais favoráveis ostentadas pelos agravantes.

Requeru a anulação do feito, absolvição ou redução de pena.

Contrarrazões (fls. 706/715).

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista: a) não demonstração do dissídio jurisprudencial; e b) óbice do revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ (fls. 740/744).

Em agravo em recurso especial, a defesa refuta os referidos óbices (fls. 760/775).

Contraminuta (fls. 779/785).

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 816/821).

É o relatório.

Decido.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do recurso especial.

Sobre a violação ao art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.176/91, que enseja a competência do feito ou encontra-se derogado tacitamente, verifica-se que as questões não foram tratadas pelo Tribunal de origem no acórdão recorrido. Assim, o recurso não deve ser conhecido em razão da ausência de prequestionamento, motivo pelo qual incidentes, por analogia, as Súmulas 282 e 356/STF. No mesmo sentido, cito precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 4º, CAPUT, DA LEI Nº 7.492/86, E 62, I, DO CP. TESE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 4º, CAPUT, E 25, AMBOS DA LEI Nº 7.492/86. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NO DELITO. ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. ARESTO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal. (AgRg no AREsp 454.427/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 19/02/2015)

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1061456/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017).

Ressalte-se que o prequestionamento é necessário também para o reconhecimento de nulidades absolutas. Cito precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO IMPUGNOU OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ QUANTO À MATÉRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS

282/STF E 356/STF. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TESE SUPERADA COM A SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

2. Mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias. Súmulas 282/STF e 356/STF.

[...]

4. Agravo regimental parcialmente conhecido, e nessa extensão, não provido (AgRg no AREsp 1229976/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/06/2018).

Sobre a violação ao artigo 155 do CPP, o Tribunal de origem entendeu por reformar a sentença considerando outros elementos colhidos judicialmente, além do depoimento de César colhido na fase investigativa, que corroboram elementos colhidos extrajudicialmente. Cito o trecho:

Veja-se que o magistrado sentenciante reputou insuficiente o conjunto probatório em relação à comprovação da autoria delitiva e do dolo, pois, segundo seu entendimento, o único elemento apto a amparar o decreto condenatório seria o depoimento de César, colhido na fase investigatória, o qual, devido à comprovação de doença mental, restou desconsiderado pelo juízo a quo.

Todavia, peço vênia para divergir quanto ao entendimento exarado pelo juízo a quo. Vejamos.

Na fase investigatória, a testemunha José Ironi da Gorte aduziu o seguinte (evento 16, DECL4, do IPL 50008201120134047119):

[...]

Ressalto que, em virtude do falecimento de José Ironi, restou impossibilitada a colheita de seu depoimento na esfera judicial (evento 122, do processo originário).

Em juízo, a testemunha de acusação João Carlos da Silva, policial militar, afirmou que, no momento da vistoria, o maquinário, consistente em uma retro-escavadeira e um caminhão, não estava sendo operado, mas que se encontrava na propriedade. Além disso, asseverou que tais máquinas pertenciam aos acusados EDUARDO e CRISTIANO e, ainda, que estes não possuíam a devida autorização para a realização da extração das pedras. Aduziu, ainda, que os moradores da região

relatarem que os indivíduos abordavam os donos das propriedades oferecendo seus serviços e que César foi induzido a erro, haja vista que estes lhe disseram que verificariam se havia pedras no local para, assim, requerer licença para a extração. Nesse sentido, referiu que já houve outras ocorrências envolvendo a mesma situação nas redondezas. Disse, por fim, que os indivíduos não se encontravam no local, estando as atividades paralisadas devido à chuva, e que as pedras, em torno de 4.000kg, já estavam extraídas e prontas para ser carregadas (evento 128, VÍDEO2, /dem).

O depoente Gilnei Ziemann, morador de Cerro Branco/RS, relatou, na esfera judicial, que, no seu caso, os indivíduos invadiram a sua propriedade e realizaram a extração das pedras sem a sua permissão. Ao ser questionado, afirmou ter tido contato com os sujeitos quando estes estavam nas suas terras, pois solicitou que estes parassem a extração. Confirmou, ainda, que lhe foram mostradas fotografias, no âmbito policial, e que este reconheceu os indivíduos como sendo EDUARDO e CRISTIANO, mas que, em juízo, não poderia afirmar com certeza, haja vista o tempo transcorrido. Por fim, aduziu não ter visto a extração na Serraria Scheide (idem, VÍDEO3).

Mateus Giacobbo, testemunha arrolada pela defesa de EDUARDO, afirmou desconhecer que este trabalhe com a extração de pedras preciosas (evento 163, VÍDEO2, idem). No mesmo sentido foram as declarações de Amarildo dos Santos, o qual asseverou, além disso, que o réu possui uma Scania de cor branca e que faz frete de equipamentos agrícolas (idem, VÍDEO3).

A testemunha de defesa de CRISTIANO, João Ricardo Sbruzzi, referiu que o acusado prestou serviço para ele em duas ocasiões, retirando eucaliptos de seu terreno. Além disso, afirmou que tal tarefa é realizada com uma draga, escavadeira. Ao ser questionado, confirmou que se trata da mesma escavadeira mostrada na foto em juízo (idem, VÍDEO4, VÍDEO5 e VÍDEO6).

No interrogatório judicial, EDUARDO afirmou que trabalhava realizando o transporte de máquinas e que auferia em torno de R\$6.000,00 (seis mil reais) mensais. Referiu, ainda, que CRISTIANO, mediante contato telefônico, o contratou para fazer o frete da retro-escavadeira. Quando questionado, esclareceu que o corréu não lhe especificou o que faria com a máquina, apenas lhe dizendo que 'tinha um serviço em Cerro Branco/RS'. Nesse contexto, relatou que, no dia seguinte, o encontrou em um posto de gasolina e que CRISTIANO, de carro, o guiou até a propriedade em questão. Afirmou, ainda, ter deixado o caminhão na propriedade de César em virtude da chuva, que impedia a locomoção da carreta, destacando que não pernito no local, pois seu primo Jader foi buscá-lo. não recordando se CRISTIANO permaneceu lá. Disse, outrossim, que CRISTIANO realizaria a retirada de eucaliptos e faria a terraplanagem e um açude na propriedade e, além disso, que não notou sinais de escavações na propriedade. Esclareceu, ademais, que cobrou em torno de R\$1.100,00 (mil e cem reais) pelo transporte e que o corréu pagou o valor em dinheiro. Afirmou que a contratação era

somente para levar o maquinário. não incluindo o transporte de retorno. Por fim, aduziu que retornou ao local em, aproximadamente, 02 (dois) ou 03 (três) dias e que o caminhão já se encontrava apreendido (idem, VÍDE07).

O acusado CRISTIANO, em juízo (idem, VÍDE08), referiu que trabalhava como operador de máquina, de forma autônoma, percebendo, mensalmente, de R\$3.000,00 (três mil reais) a R\$4.000,00 (quatro mil reais). Além disso, afirmou ter sido contratado por César Unfer, através de contato telefônico, no intuito de construir um bebedouro para os gados da propriedade, de 'fazer um desdobramento', bem como tapar um buraco no terreno. Afirmou, nesse sentido, que contratou EDUARDO para realizar o transporte do trator, sem recordar, contudo, o valor negociado para a realização do frete. Relatou, além disso, que se dirigiu à propriedade de automóvel, seguido por EDUARDO, e, ainda, que o serviço não chegou a ser realizado, tendo em vista que o pistão da máquina retro-escavadeira estragou. Aduziu que, em consequência disso, retornou à cidade e que EDUARDO, em razão da chuva, passou a noite no local, haja vista a dificuldade de acessar a saída com o caminhão. Nesse contexto, no dia seguinte, no retorno à propriedade, EDUARDO teria lhe noticiado que o maquinário havia sido apreendido. Asseverou, outrossim, que o local da escavação já havia sido mexido quando chegaram à propriedade, que viu as pedras ágata, mas que nunca trabalhou com tal minério. Ademais, quando mostrada pelo juízo primevo a fotografia da retro-escavadeira, confirmou ser de sua propriedade. Por fim, afirmou que, finalizado o serviço, EDUARDO retornaria ao local para buscar a máquina e que, pelo que se recorda, não chegou a pagá-lo.

Observe-se que os depoimentos dos réus, na esfera judicial, apresentam contradições, carecendo, ainda, de verossimilhança.

Outrossim, cumpre destacar as declarações do policial Paulo Roberto Nunes na fase investigatória (evento 27, TERMOAUD3, do IPL 5000820-11.2013.4.04.7119):

[...]

Como se vê, o reboque do caminhão do acusado EDUARDO encontrava-se carregado de certa quantidade de pedras ágata, informação esta que pode ser confirmada pelas imagens juntadas no inquérito policial (evento 17, F0T014, F0T015, F0T017 e F0T018, do IPL 50008201120134047119).

Dessa forma, a despeito das declarações dos réus e das testemunhas de defesa, o fato de o reboque do veículo conter o minério extraído, em cotejo com os demais elementos probatórios coligidos nos autos, consistente nas declarações das testemunhas de acusação, levam a crer que os denunciados foram os responsáveis pela extração das pedras.

Registro, a respeito da prova indiciária, que tais elementos podem ser considerados suficientes para a condenação quando relacionados com outros elementos probatórios, autorizando ao magistrado formular juízo de convicção acerca da culpabilidade dos acusados. Como é cediço, tais evidencias prestam-se a informar o acervo

probatório acerca de um fato determinado, sendo certo que essa modalidade de prova, para embasar um juízo condenatório, há de ser constituída por um quadro farto de indícios em torno da situação fática.

Vale dizer, muito embora não seja suficiente a presença de um indício isolado, é reconhecida a validade jurídica da prova indiciária, quando verificada a coexistência de vários vestígios concretos, que, em seu conjunto, apresentem-se consentâneos com aquela realidade que se propõe evidenciar, o que ocorreu no caso presente.

Por fim, refira-se que o elemento subjetivo do tipo descrito nos artigos 55 da Lei 9.605/98 e 2- da Lei 8.176/91 consiste no dolo genérico, pois a norma não descreve nenhum especial fim de agir. Portanto, decorre da demonstração da própria conduta, comprovada quando da análise da autoria delitiva.

Por conseguinte, resta evidenciado que os réus executaram a extração recursos minerais (pedras ágata) sem a respectiva autorização ou licença do órgão competente (FEPAM), bem como exploraram matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal (DNPM), para fins comerciais.

Assim, comprovadas a materialidade, a autoria e o dolo do agente, e não se verificando qualquer causa excludente da antijuridicidade, tipicidade ou culpabilidade, impõe-se a condenação dos réus às penas do artigo 55 da Lei 9.605/98 e do artigo 2º da Lei 8.176/91, na forma do artigo 70 do Código Penal (fls. 604/608).

De fato, tendo sido considerados elementos colhidos na fase extrajudicial e na fase judicial, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Confiram-se, nesse sentido, os precedentes desta Corte:

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS JUDICIAIS. VALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO.

REEXAME DE FATOS. SÚMULA 7/STJ. REGIME PRISIONAL. FECHADO. QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

4. O art. 155 do Código de Processo Penal preconiza estar vedada a condenação do réu fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada, tais provas, desde que corroboradas por elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valoradas na formação do juízo condenatório, como é a hipótese dos autos.

5. Assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que o agravante se dedica a atividade criminosa, a alteração desse entendimento encontra óbice no Enunciado Sumula n. 7 desta Corte, pois "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

[...]

7. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1509496/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/04/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CODENUNCIADO. AÇÃO PENAL DISTINTA. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. REFORMATIO IN PEJUS. ANÁLISE DO CADERNO PROBATÓRIO. EXAME DAS PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO PRÓPRIA. POSSIBILIDADE. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVAS IRREPETÍVEIS. PROVA JUDICIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. Não há violação do art. 155 do Código de Processo Penal, pois a condenação do Agravante está fundamentada em provas irrepetíveis (quebra do sigilo das comunicações telefônicas) e na prova testemunhal, colhida em juízo, que as corroboram.

4. A revisão da conclusão alcançada pelas instâncias ordinárias acerca da existência de estabilidade e permanência na associação para o tráfico exigiria aprofundado reexame probatório, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n.º 7 desta Corte Superior.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no AREsp 1363504/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 29/03/2019).

Por fim, sobre a violação ao art. 59 e ao art. 60, ambos do CP, o Tribunal de origem fixou a reprimenda nos seguintes termos:

5. Dosimetria

5.1. Réu EDUARDO

5.1.1 Delito do artigo 55 da Lei 9.605/98

O referido crime prevê uma sanção reclusiva variável entre 06 (seis) meses a 01 (um) ano de detenção, somada ao pagamento de multa.

Na primeira fase da fixação da pena, examino as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Estatuto Repressivo, em consonância com as previsões do artigo 6º da Lei 9.605/98.

A culpabilidade, entendida sob o espectro de um maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente, a partir de suas condições pessoais, refoge à normalidade, haja vista que envolveu a propriedade de indivíduo com retardo mental leve e transtorno mental e comportamental devido ao uso de álcool, o qual, segundo os peritos, provavelmente não tinha ciência acerca do caráter ilícito de sua conduta quando permitiu que os réus adentrassem sua propriedade e efetuassem a extração de pedras (evento 63, SENT1, Incidente de Insanidade Mental nº 50005195920164047119). Por tais motivos, em sendo significativo o grau de reprovabilidade da conduta, tenho que o peso da vetorial em comento deve ser superior ao que se aplica usualmente.

[...]

As circunstâncias do delito refogem à normalidade, em razão do concurso de agentes, haja vista que a comunhão de esforços, a qual, in casu, restou imprescindível para a perpetração do crime, indica maior sofisticação na empreitada criminosa.

[...]

A s conseqüências são expressivas, haja vista que da extração decorreu 'significativo dano ambiental, atingindo uma área de, aproximadamente, 0,13 hectares (1.300 m²)' (evento 31, OFIC2, fl. 02, do IPL 50008201120134047119), o que enseja a elevação da pena-base em grau superior em relação às demais vetorais, nos termos do artigo 6º, I, da Lei 9.605/98.

[...]

Destarte, considerando que a culpabilidade do agente e que as conseqüências do delito extrapolam o normal da negatificação, ensejando, assim, incremento maior do que o usual, e, ainda, as circunstâncias do crime, acresço à pena-base o valor de 06 (seis) meses, restando esta fixada em 01 (um) ano de detenção.

Na segunda etapa da dosimetria da pena, incidente a agravante do artigo 15, II, 'a', da Lei 9.605/98, tendo em vista que a conduta perpetrada objetivava a obtenção de vantagem econômica, razão pela qual deveria a pena sofrer o incremento de 1/6 (um sexto). Todavia, considerando que esta já se encontra no patamar máximo cominado, permanece a pena provisória equivalente à basilar.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento ou de

diminuição da pena, torno-a definitiva em 01 (um) ano de detenção.

Quanto à pena de multa, entendo que, na fixação de suas unidades, devem ser observadas todas as circunstâncias que influíram na dosagem da pena privativa de liberdade - judiciais, legais, majorantes e minorantes, critério que restou consolidado pela Quarta Seção desta Corte (EINACR 2002.71.13.003146-0/RS, D.E. 05-6-2007), e, uma vez atendida a idéia de proporcionalidade, num momento subsequente, o valor da penalidade pecuniária será informado/balizado pela capacidade econômica do réu.

Assim, fixo a referida em 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, o que se mostra proporcional à sanção carcerária, imposta igualmente no piso, no valor de 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado, considerando que o réu, conforme informado no interrogatório judicial, possui uma renda mensal de, aproximadamente, R\$6.000 (seis mil reais).

5.1.2 Delito do artigo 2º da Lei 8.176/91

[...]

Desse modo, considerando que a culpabilidade do agente e que as conseqüências do delito extrapolam muito o normal da negatização, especialmente as últimas pela enorme quantidade de minério extraído, ensejando, assim, incremento maior do que o usual, e, ainda, as circunstâncias do crime, acresço à pena-base o valor de 14 (quatorze) meses, restando esta fixada em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção.

N a segunda fase, inexistindo circunstâncias agravantes e atenuantes, mantenho a pena provisória equivalente à basilar.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento e de diminuição da pena, torno-a definitiva em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção.

Por fim, fixo a pena de multa em 112 (cento e doze) dias-multa, à razão de 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado, nos termos do artigo 2º, §2º, da Lei 8.176/91.

5.1.3 Concurso formal e regime inicial

Considerando que o acusado, mediante uma só ação, praticou dois crimes distintos, aplica-se, ao caso presente, a pena mais grave aumentada de 1/6 (um sexto) até a metade, nos termos do artigo 70 do Código Penal:

[...]

Desse modo, a partir da pena mais grave, a qual, no caso dos autos, é aquela prevista no artigo 2º da Lei 8.176/91, acresço 1/6 (um sexto) ao valor da reprimenda, haja vista o concurso formal de apenas 02 (dois) crimes.

Desse modo, resta a pena definitivamente fixada em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Fixo o regime inicial de cumprimento aberto, conforme artigo 33, § 2º, alínea 'c', e §3º, do Código Penal.

Ademais, tendo em vista que, no concurso de crimes, as

penas de multa são aplicadas distinta e integralmente (artigo 72 do Código Penal), fica o réu condenado ao pagamento de 472 (quatrocentos e setenta e dois) dias-multa, estes no valor unitário de 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, atualizado.

[...]

5.2 Reú CRISTIANO

5.2.1 Delito do artigo 55 da Lei 9.605/98

O referido crime prevê uma sanção reclusiva variável entre 06 (seis) meses a 01 (um) ano de detenção, somada ao pagamento de multa.

Na primeira fase da fixação da pena, examino as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Estatuto Repressivo, em consonância com as previsões do artigo 6ª da Lei 9.605/98.

A culpabilidade, entendida sob o espectro de um maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente, a partir de suas condições pessoais, refoge à normalidade, haja vista que envolveu a propriedade de indivíduo com retardo mental leve e transtorno mental e comportamental devido ao uso de álcool, o qual, segundo os peritos, provavelmente não tinha ciência acerca do caráter ilícito de sua conduta quando permitiu que os réus adentrassem sua propriedade e efetuassem a extração de pedras (evento 63, SENT1, Incidente de Insanidade Mental nº 50005195920164047119). Por tais motivos, em sendo significativo o grau de reprovabilidade da conduta, tenho que o peso da vetorial em comento deve ser superior ao que se aplica usualmente.

[...]

As circunstâncias do delito refogem à normalidade, em razão do concurso de agentes, haja vista que a comunhão de esforços, a qual, in casu, restou imprescindível para a perpetração do crime, indica maior sofisticação na empreitada criminosa.

As conseqüências do delito são expressivas, ensejando aumento maior em relação ao que se comumente aplica, haja vista que da extração decorreu 'significativo dano ambiental, atingindo uma área de, aproximadamente, 0,13 hectares (1.300 m²)' (evento 31, OFIC2, fl. 02, do IPL 50008201120134047119), o que enseja a elevação da pena-base em grau superior em relação às demais vetoriais, nos termos do artigo 6º, I, da Lei 9.605/98.

[...]

Destarte, considerando que a culpabilidade do agente e que as conseqüências do delito extrapolam o normal da negativação, ensejando, assim, incremento maior que o usual, e, ainda, as circunstâncias do crime, acresço à pena-base o valor de 06 (seis) meses, restando esta fixada em 01 (um) ano de detenção.

Na segunda etapa da dosimetria da pena, incidente a agravante do artigo 15, II, 'a', da Lei 9.605/98, tendo em vista que a conduta perpetrada objetivava a obtenção de vantagem econômica, razão pela qual deveria a pena sofrer o incremento de 1/6 (um sexto). Todavia, considerando que esta já se encontra no patamar máximo cominado, permanece a pena provisória equivalente à basilar.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento ou de diminuição da pena, torno-a definitiva em 01 (um) ano de detenção.

Quanto à pena de multa, entendo que, na fixação de suas unidades, devem ser observadas todas as circunstâncias que influíram na dosagem da pena privativa de liberdade - judiciais, legais, majorantes e minorantes, critério que restou consolidado pela Quarta Seção desta Corte (EINACR 2002.71.13.003146-0/RS, D.E. 05-6-2007), e, uma vez atendida a idéia de proporcionalidade, num momento subsequente, o valor da penalidade pecuniária será informado/balizado pela capacidade econômica do réu.

Assim, fixo a referida em 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, o que se mostra proporcional à sanção carcerária, imposta igualmente no piso, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado, considerando que o réu, conforme informado no interrogatório judicial (evento 163, VÍDEO8, do processo originário), possui uma renda mensal variável entre R\$3.000,00 (três mil reais) e R\$4.000,00 (quatro mil reais).

5.2.2 Delito do artigo 2^o da Lei 8.176/91

O delito em comento prevê detenção de 01 (um) a 05 (cinco) anos, cumulado com o pagamento de multa.

[...]

Desse modo, considerando que a culpabilidade do agente e que as conseqüências do delito extrapolam muito o normal da negatização, especialmente as últimas pela enorme quantidade de minério extraído, ensejando, assim, incremento maior do que o usual, e, ainda, as circunstâncias do crime, acresço à pena-base o valor de 14 (quatorze) meses, restando esta fixada em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção.

Na segunda fase, inexistindo circunstâncias agravantes e atenuantes, mantenho a pena provisória equivalente à basilar.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento e de diminuição da pena, torno-a definitiva em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção.

Por fim, fixo a pena de multa em 112 (cento e doze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado, nos termos do artigo 2^o, §2^o, da Lei 8.176/91.

5.2.3 Concurso formal e regime inicial

Considerando que o acusado, mediante uma só ação, praticou dois crimes distintos, aplica-se, ao caso presente, a pena mais grave aumentada de 1/6 (um sexto) até a metade, nos termos do artigo 70 do Código Penal:

'Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade'.

Desse modo, a partir da pena mais grave, a qual, no caso dos autos, é aquela prevista no artigo 2^o da Lei 8.176/91, acresço 1/6

(um sexto) ao valor da reprimenda, haja vista o concurso formal de apenas 02 (dois) crimes.

Desse modo, resta a pena definitivamente fixada em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Fixo o regime inicial de cumprimento aberto, conforme artigo 33, § 2º, alínea 'c', e §3º, do Código Penal.

Ademais, tendo em vista que, no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente (artigo 72 do Código Penal), fica o réu condenado ao pagamento de 472 (quatrocentos e setenta e dois) dias-multa, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, atualizado (fls. 608/619).

Neste tópico, assinalo que a dosimetria da pena somente pode ser revista em casos excepcionais de flagrante equívoco, porquanto deve ser respeitada a discricionariedade vinculada do julgador na análise dos fatos. Nesse sentido, cito precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM ÂMBITO DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

[...]

2. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

[...]

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 864.464/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 30/05/2017).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO (CP, ART. 304 C/C 297). VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO.

[...]

3. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais,

quando malferida alguma regra de direito.

[...]

5. *Agravo regimental não provido* (AgRg no REsp 1538351/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/05/2017).

Para ser idônea a exasperação da pena-base, as instâncias ordinárias devem justificá-la com elementos concretos, não inerentes ao tipo penal, que demonstrem a maior reprovabilidade da conduta. Cito precedente:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE. FRAUDE CONTRA A RECEITA FEDERAL. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. VALOR DO DIA-MULTA. CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVA.

[...]

2. *A fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos como 'culpabilidade intensa' ou a 'exigibilidade de conduta diversa', 'lucro fácil', 'causando prejuízo à vítima', quando tais circunstâncias constituem elementares do próprio tipo penal.*

[...]

6. *Recurso parcialmente provido* (REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 25/06/2015).

No caso dos autos, a exasperação da pena-base decorreu do desvalor da culpabilidade, das circunstâncias do crime e das consequências do crime, mediante justificativas concretas e não inerentes ao tipo penal. Assim, inevitável a necessidade de revolvimento das provas carreadas aos autos para concluir de modo contrário, procedimento sabidamente inviável conforme Súmula 7/STJ. Confirmam-se, nesse sentido, precedente desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE IMPEDIMENTO DO PERITO OFICIAL NÃO EVIDENCIADA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. GRADUAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS

JUDICIAIS. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. SÚMULA 7 DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. INCIDÊNCIA.

[...]

2. O recurso especial não é via adequada para o reexame dos parâmetros adotados pelo juiz na graduação da pena-base, uma vez que a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal envolve particularidades subjetivas, decorrentes do livre convencimento do magistrado, as quais não podem ser revistas por esta Corte de Justiça. Incidência da Súmula 7 do STJ.

3. Somente em hipóteses excepcionais o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a utilização do recurso especial para o reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando é flagrante a ofensa a lei federal, situação que não ocorre na espécie, mormente quando o Tribunal a quo sopesou as nefastas consequências psicológicas do crime para a vítima.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1359052/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 08/09/2015).

Sobre a pena de multa, verifica-se que o Tribunal de origem considerou a capacidade econômica dos agravantes, sendo certo que a sua redução esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Cito precedente:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 45, § 1º, E 60, AMBOS DO CP. DESPROPORCIONALIDADE DOS VALORES ESTABELECIDOS PARA O DIA-MULTA E PARA A PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. FIXAÇÃO BASEADA NA CAPACIDADE ECONÔMICA DA RÉ. PLEITO DE REDUÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Fixados os valores do dia-multa e da prestação pecuniária com base na condição econômica da ré, rever as conclusões das instâncias ordinárias sobre a matéria demandaria necessariamente nova análise do material fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 desta Corte.

[...]

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1800878/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/05/2019).

Diante do exposto, admito o agravo em recurso especial, conheço em parte do recurso especial e, com fundamento na súmula 568/STJ, nego-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

