

Superior Tribunal de Justiça

RE nos EDcl no AgRg nos EDv nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 529.614 - PE (2014/0141485-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : JOSE MARCELO MARQUES DE ANDRADE E SILVA
ADVOGADO : ADEMAR RIGUEIRA NETO - PE011308
RECORRENTE : ELIZABETH GONCALVES DA SILVA
ADVOGADOS : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(S) - PE011308
DANIEL LIMA ARAÚJO - PE016082
MARIA CAROLINA DE MELO AMORIM - PE021120
CAROLINE TOURRUCÔO DE ERMIDA RODRIGUES - PE029371
JORGE LUCAS BERNARDES NUNES - DF061232
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE EM REPERCUSSÃO GERAL. **TEMA 339/STF**. ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ÓBICE PROCESSUAL INTRANSPONÍVEL. MATÉRIA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. **TEMA 895/STF**. SEGUIMENTO NEGADO.

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário, interposto por JOSÉ MARCELO MARQUES DE ANDRADE E SILVA e ELIZABETH GONÇALVES DA SILVA, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (fl. 3.189):

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. CRIMES DE DESVIO E APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS FEDERAL E DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DOSIMETRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO EVIDENCIADA. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTENTE. REFAZIMENTO DAS PENAS. EXCEPCIONALIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não se justifica a alegação da defesa de ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal – CPP, porquanto o acórdão recorrido enfrentou de maneira clara e fundamentada a questão relativa à dosimetria das penas.

Superior Tribunal de Justiça

2. Não há evidente similitude fática apta à abertura da via especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, mormente quando se pretende alterar a dosimetria da pena alcançada pelo juízo originário.

3. Inexistente desproporcionalidade ou ilegalidade na seara dosimétrica da pena, pois é certo que o seu refazimento em sede de recurso especial tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica na hipótese.

4. Agravo regimental desprovido.

Nas razões do recurso extraordinário (fls. 3.366-3.390), sustentam as partes recorrentes, em síntese, que está presente a repercussão geral da questão tratada e que o acórdão recorrido viola o disposto nos artigos 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição Federal.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões às fls. 3.400-3.406. É o relatório.

O recurso extraordinário não comporta seguimento.

De início, quanto à alegada afronta ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, consoante a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do AI-RG-QO 791.292/PE, "o artigo 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas" (Tema 339/STF).

A ementa do aresto foi sintetizada nos seguintes termos:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (AI 791.292 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRA v. 18, n. 203, 2011, pp. 113-118)

Na espécie, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, impugnado no recurso extraordinário, está de acordo com a orientação do Excelso Pretório, pois foram devidamente explicitadas razões suficientes para o colegiado negar provimento ao agravo regimental, hipótese distinta da ausência de motivação do julgado, que caracterizaria ofensa ao princípio constitucional da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

A propósito, cumpre transcrever trechos da fundamentação do aresto (fls. 3.192-3.196):

Superior Tribunal de Justiça

Não merece provimento a pretensão recursal.

Não se justifica a alegação da defesa de ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal – CPP, porquanto o acórdão recorrido enfrentou de maneira clara e fundamentada a questão relativa à dosimetria das penas. Ressalta-se que *"omissão no julgado e entendimento contrário ao interesse da parte são conceitos que não se confundem"* (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.129.183/DF, Rel. Min.Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 28/8/2012).

Segue abaixo trecho do julgamento dos segundos aclaratórios, em que se consignou, expressamente, o seguinte quanto ao tema:

Ou, seja, a reforma da pena e o redimensionamento da dosimetria da pena, inclusive minorada no julgamento da apelação, não foi objeto específico da divergência, que se ateve exclusivamente ao pleito absolutório em favor dos embargantes, tal qual consignado no voto vencido.

Ademais, ao negar provimento aos infringentes, houve a confirmação da condenação e o seu consecutário - a própria dosimetria, confirmada pelo Plenário na oportunidade do julgamento dos infringentes. (fl. 2950)

Ressalte-se que não há evidente similitude fática apta à abertura da via especial, mormente quando se pretende alterar a dosimetria da pena alcançada pelo juízo originário.

O Tribunal de origem, revendo o disposto na r. sentença e alterando para menor as reprimendas, assim consignou:

4. Dosimetria das penas.

Nota-se que as penas foram aplicadas com excesso. Raramente, a não ser em situação de crimes em que a periculosidade e requintes de delinquência forem de alto grau, há justificativa para que a pena-base seja fixada acima da metade ou quase no máximo.

(...)

Diante do esposado e tendo em consideração que o crime cometido foi o de desvio de verbas na forma continuada, passo à dosimetria da pena.

Quanto às circunstâncias judiciais, são pertinentes as seguintes considerações: **(a) culpabilidade em grau intenso revelado por todos os acusados, sendo que quanto ao crime de quadrilha, foi o acusado JOSÉ MARCELO quem fomentou a sua formação;** (b) antecedentes sem registro; (c) conduta social sobre a qual não há maiores informações a ponto de permitir a formação de juízo negativa, ademais de não poder ser levada em consideração a circunstância de o acusado, à época do fato, ocupar o cargo de Prefeito, pois se trata de circunstância elementar do tipo do art 1º, I, do Decreto-Lei nº 201, de 1967; **(d) personalidade que se revela descompromissada com os interesses da sociedade;** (e) **motivo consubstanciado no interesse financeiro e ganhar dinheiro com o desvio de recursos;** (f) as circunstâncias da prática do crime revelam tenacidade e argúcia dos acusados, cada um desempenhando as tarefas que lhe cabiam sendo que a acusada ELIZABETH GONÇALVES

ainda envolveu a sua filha; (g) as consequências mais diretas dizem respeito ao prejuízo legado à sociedade que ficou privada dos recursos destinados à saúde que foram desviados; (h) o comportamento da vítima, em crime dessa espécie, não é aplicável como circunstância judicial a ser sopesada.

1) JOSÉ MARCELO:

1a) crime do art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67: fixo a pena-base em 6 (seis) anos. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas de aumentou ou de diminuição, pois a continuidade delitiva, a par de não ter sido reconhecida na sentença, não foi objeto de recurso, não sendo possível, nesse caso, a aplicação da emendatio libelli, sob pena de ocorrer a reformatio in pejus, o que é vedado em nosso sistema jurídico! a qual torna concreta.

2a) crime do art. 288, caput, do Código Penal: fixo a pena-base em 2 (anos) e 6 (seis) meses, razão pela qual, à míngua de circunstâncias legais ou de causas de aumentou ou de diminuição, torna concreta.

(...)

2) ELIZABETH GONÇALVES DA SILVA:

1a) crime do art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67: fixo a pena-base em 6 (seis) anos. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas de aumentou ou de diminuição, pois a continuidade delitiva, a par de não ter sido reconhecida na sentença, não foi objeto de recurso, não sendo possível, nesse caso, a aplicação da emendatio libelli, sob pena de ocorrer a reformatio in pejus, o que é vedado em nosso sistema jurídico, a qual torna concreta.

2a) crime do art. 288, caput, do Código Penal: fixo a pena-base em 1 (anos) e 6 (seis) meses, razão pela qual, à míngua de circunstâncias legais ou de causas de aumentou ou de diminuição, torna concreta.

(...)

3) JOAQUIM JOSÉ DO NASCIMENTO:

3a) crime do art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67: fixo a pena-base em 6 (seis) anos e, como Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas de aumentou ou de diminuição - a continuidade delitiva, a par de não ter sido reconhecida na sentença, não foi objeto de recurso, não sendo possível, nesse caso, a aplicação da emendatio libelli, sob pena de ocorrer a reformatio in pejus, o que é vedado em nosso sistema jurídico - fica como pena concreta.

2a) crime do art. 288, caput, do Código Penal: fixo a pena-base em 1 (anos) e 6 (seis) meses razão pela qual, à míngua de circunstâncias legais ou de causas de aumentou ou de diminuição, torna concreta.

(...)

4) LEONARDO CARVALHO DA COSTA:

4a) crime do art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67: fixo a pena-base em 6 (seis) anos e como Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas de aumentou ou de diminuição - a continuidade delitiva, a par de não ter sido reconhecida na sentença, não foi objeto de recurso, não sendo

possível, nesse caso, a aplicação da emendatio libelli. sob pena de ocorrer a reformado in pejus, o que é vedado em nosso sistema jurídico - fica como pena concreta.,

4b) crime do art. 288, caput, do Código Penal: fixo a pena-base em 1 (anos) e 6 (seis) meses, razão pela qual. à mingua de circunstâncias legais ou de causas de aumentou ou de diminuição, torna concreta.

Destarte, inexistente desproporcionalidade ou ilegalidade na seara dosimétrica da pena, pois é certo que o seu refazimento em sede de recurso especial tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica na hipótese. No mesmo sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO CARRANCA. FRAUDE À LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI 8.666/93) E CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO PREVISTO NO ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/67 (DESVIO DE VERBA PÚBLICA). DEFESA PRÉVIA OPORTUNIZADA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSORÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

I - Esta Corte de Justiça tem reiterado que, para o conhecimento do recurso especial pela referida alínea, deve o recorrente realizar o "devido cotejo analítico para demonstrar a similitude fática entre os julgados confrontados, mediante a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, requisitos esses que não foram cumpridos na hipótese dos autos. [...] A simples transcrição de ementas não serve à comprovação da divergência jurisprudencial, sendo necessário o cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e o paradigma, com a efetiva confirmação da similitude dos casos confrontados. [...] A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que não se admite como paradigma, para comprovar eventual dissídio, acórdão proferido em habeas corpus, mandado de segurança, recurso ordinário em habeas corpus, recurso ordinário em mandado de segurança e conflito de competência. Precedentes."(AgRg no AREsp 987.056/RO, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 26/02/2018).

II - "A denúncia que descreve as circunstâncias do crime (conduta, resultado e nexos de causalidade), os indícios de autoria e a materialidade, na forma do art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, é suficiente para a instauração da persecução penal, pois permite que o réu exercite o direito de defesa. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp 1038365/AM, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de

20/04/2017) III - O eg. Tribunal a quo, apreciando detalhadamente a prova produzida nos autos, concluiu pela caracterização dos delitos de associação criminosa (art. 288 do CP), de fraude e frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90 da Lei nº 8.666/93) e pela prática do delito do art. 1º, inciso I do Decreto-Lei nº 201/67, segunda parte (desvio de verba pública). Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da Súmula n. 7/STJ, que dispõe, verbis: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Na hipótese, entender de modo diverso ao que estabelecido pelo Tribunal a quo, como pretende o recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório delineado nos autos, providência inviável na via eleita.

IV - Igualmente esbarra no óbice da Súmula 7/STJ as teses defensivas de que o recorrente não teria cometido o delito de lavagem de dinheiro (art. 1º, V, e § 2º, I e II, da Lei 9.613/98) por não existir desvio de recursos públicos e, em relação ao art. 91, II, b, do CP, por não ter adquirido os bens com o produto de crime. Precedentes.

V - Supremo Tribunal Federal tem entendido que "a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada" (HC n. 137.769/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/10/2016).

VI - O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, já que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, e do Supremo, em particular, deve circunscrever-se "ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades" (HC n. 128.446/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 15/9/2015).

VII - Na mesma linha, esta Corte tem assentado o entendimento de que a dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades de cada caso concreto. Desse modo, cabe às instâncias ordinárias, a partir da apreciação das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada crime, estabelecer a reprimenda que melhor se amolda à situação, admitindo-se revisão nesta instância apenas quando for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que deverá haver reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.388.345/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 23/5/2018)

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

Em assim sendo, nos moldes definidos pela Corte Suprema, o aresto impugnado foi suficientemente fundamentado, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal decide em sentido contrário ao interesse da parte.

Saliente-se que o exame da referida questão constitucional nesta fase processual limita-se à análise acerca da existência de motivação suficiente para embasar o acórdão recorrido, não competindo a esta Vice-Presidência examinar se corretos os seus fundamentos, o que extrapolaria os limites da cognição inerente ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário.

Lado outro, em relação à suposta violação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, no julgamento do RE 956.302/GO, também sob o regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese de que "a questão da ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, quando há óbice processual intransponível ao exame de mérito, ofensa indireta à Constituição ou análise de matéria fática, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral" (Tema 895/STF).

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ÓBICES PROCESSUAIS INTRANSPONÍVEIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. MATÉRIA FÁTICA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Não há repercussão geral quando a controvérsia refere-se à alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, nas hipóteses em que se verificaram óbices intransponíveis à entrega da prestação jurisdicional de mérito. (RE 956.302/GO RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 15-06-2016 PUBLIC 16-06-2016)

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, I, alínea "a", primeira e segunda partes, do Código de Processo Civil, **nego seguimento ao recurso extraordinário.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Vice-Presidente