

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.235 - PR (2019/0215779-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : EDUARDO FERNANDES DA ROSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **EDUARDO FERNANDES DA ROSA** contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que não admitiu o recurso especial manejado com apoio no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, em oposição a acórdão assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ESTADO DE NECESSIDADE. DESACOLHIMENTO. MATERIALIDADE, DOLO E AUTORIA COMPROVADOS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDENCIA. RECONHECIMENTO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR. RECONHECIMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA.

1. A constituição definitiva do crédito tributário e o exaurimento na via administrativa não são pressupostos ou condições objetivas de punibilidade para o início da ação penal com relação ao crime de descaminho.
2. O argumento de que o réu tenha enfrentado dificuldades financeiras sem qualquer outra circunstância excepcional não serve de justificativa para o cometimento de crimes, tampouco configura estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa.
3. Comprovados a materialidade, autoria e dolo, e não demonstradas causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, deve ser mantida a condenação do réu pelo delito de descaminho.
4. Sendo o réu reincidente, resta reconhecida a incidência da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal.
5. Verificada a reincidência específica, é vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal.
6. Admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula 269 do STJ.
7. Para a definição do valor da prestação pecuniária, dentre os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, § 1º, do Código Penal, deve-se considerar certos fatores, de modo a não tornar a prestação em pecúnia tão diminuta a ponto de mostrar-se inócua, nem tão excessiva de maneira a inviabilizar seu cumprimento. No caso, adequado o valor fixado na sentença.
8. Aplicável a pena descrita no 92, III, do Código Penal, que determina a inabilitação do réu para dirigir veículos automotores, o

Superior Tribunal de Justiça

qual representa medida útil e adequada por significar desestímulo à prática reiterada de infrações desta espécie.

9. Eventual exame acerca da miserabilidade, para fins de concessão da assistência judiciária gratuita, deverá ser feito em sede de execução, fase adequada para aferir a real situação financeira do condenado.

10. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário." 207-208

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fl. 707).

A defesa aponta negativa de vigência ao disposto no art. 617 do Código de Processo Penal, norma que positiva no ordenamento pátrio o princípio da *ne reformatio in pejus*, ao reduzir o *quantum* de diminuição de pena relativo à circunstância atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do CP (confissão), sem provocação recursal da acusação.

Alega que a sentença havia atribuído carga de redução de pena, à atenuante da confissão, em 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

"Ao apreciar as apelações criminais, o acórdão entendeu por recrudescer a situação do réu, conferindo à referida atenuante redução de pena, na segunda fase dosimétrica, de apenas 02 meses de reclusão, exata medida da agravante postulada pela acusação." (e-STJ, fl. 263).

Requer a "reforma do acórdão prolatado pela Corte Regional com a manutenção da redução de pena, pela confissão, em 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, tal como decidido pelo magistrado singular" (e-STJ, fl. 271).

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 281-289).

O recurso foi inadmitido em razão da aplicação do óbice da Súmula 83/STJ (e-STJ, fls. 292-296). Daí este agravo (e-STJ, fls. 304-312).

O Ministério Público Federal manifestou-se "pelo conhecimento do agravo para inadmitir ou desprover o recurso especial" (e-STJ, fls. 337-341).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece acolhimento.

Quando da dosimetria, colhe-se da sentença de primeiro grau:

"INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A pena prevista para a infração capitulada no artigo 334 do Código Penal está compreendida entre 01 (um) e 04 (quatro) anos de reclusão.

Na primeira fase de fixação da pena, analisando as circunstâncias estabelecidas nos art. 59 do Código Penal, verifico que o grau de culpabilidade é normal à espécie. Não há elementos nos autos que permitam avaliar a conduta social e a personalidade do acusado. Quanto ao motivo que ensejou a prática do crime, é peculiar ao tipo penal em questão. As consequências são próprias do crime em questão e não se revelaram de maior gravidade. A vítima não favoreceu a ocorrência dos fatos delitivos. As circunstâncias do crime são normais.

Verifico que o réu já foi anteriormente condenado (i) nos autos da ação penal n. 5001373-50.2015.404.7002 pela prática, em 26/01/2013,

do crime previsto no art. 334 do CP, com trânsito em julgado em 21/10/2016; (ii) nos autos da ação penal n. 5010512-26.2015.404.7002 pela prática, em 24/05/2014, do delito previsto no art. 334 do CP, com trânsito em julgado em 22/03/2017 e (iii) nos autos da ação penal n. 5005918- 42.2012.404.7002 pela prática, em 23/05/2012, do crime previsto no art. 334 do CP, com trânsito em julgado em 10/01/2015, de modo que possui antecedente criminal (ev. 38).

Com efeito, dada a existência de uma circunstância judicial desfavorável ao acusado, fixo a pena base em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na segunda fase de aplicação da pena, não incidem agravantes.

Em que pese este juízo entenda pela possibilidade de incidência da agravante da paga e promessa de recompensa, vindo a aplicá-la, inclusive, em casos análogos, curvo-me ao entendimento cristalizado no âmbito do Eg. TRF4, no sentido de sua impossibilidade em casos desse jaez:

(...)

Por outro lado, incide a atenuante da confissão espontânea, devendo a pena permanecer no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase de aplicação da pena, não incidem causas de aumento ou diminuição de pena, de modo que **FIXO A PENA DEFINITIVA EM 01 (UM) ANO DE RECLUSÃO.**

Não há falar em participação de menor importância, pois a conduta do acusado de transportar mercadoria descaminhada é de vital relevância no sucesso da empreitada criminosa, pois é ela quem efetivamente pulveriza os objetos em território nacional.

(...)

2. Da substituição da pena privativa de liberdade O réu preenche os pressupostos objetivos e subjetivos para substituição da pena, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Com efeito, SUBSTITUO a pena privativa de liberdade estabelecida por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, a qual arbitro em R\$ 1.700,00 (mil e setecentos reais), corrigidos até a data do efetivo pagamento, tendo em conta a natureza da infração.

A prestação de serviços à comunidade representa, em casos como o presente, a mais eficaz das penas, pois é eminentemente educativa, além de ser socialmente útil, estimulando o convívio social e a própria ressocialização do réu. Por outro lado, dentre as demais penas restritivas de direitos estabelecidas, a prestação pecuniária é a que melhor se amolda ao caso em concreto, pelos mesmos motivos antes expendidos e sobremaneira porque é destinada a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais." (e-STJ, fls.).

Irresignado, o *Parquet* apelou, requerendo, em síntese, o seguinte:

"(...), a r. sentença merece ser parcialmente reformada, para: (i) **que seja majorada a pena privativa de liberdade cominada, diante da presença e necessária incidência da agravante relacionada a reincidência do réu;** (ii) seja obstada a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, diante dos maus antecedentes do réu e da sua reincidência específica nesta espécie

Superior Tribunal de Justiça

delitiva; (iii) seja fixado o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade; e, por fim, (iv) seja cominado o efeito secundário da condenação relacionado a inabilitação para dirigir veículos." (e-STJ, fl. 121).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao examinar o recurso do Ministério Público, assim decidiu:

"De fato, sendo o réu reincidente (pois condenado nos autos da ação penal nº 5005918-42.2012.404.7002 pela prática, em 23/05/2012, do crime previsto no art. 334 do CP, com trânsito em julgado em 10/01/2015), deve ser reconhecida a incidência da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, restando a pena acrescida de 2 (dois meses) na segunda fase da dosimetria, totalizando 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Incidindo a atenuante da confissão espontânea, promovo a compensação da agravante descrita no art. 61, I, do CP e da atenuante prevista no art. 65, III, d, do mesmo diploma legal, **restando a pena definitiva fixada em 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.**

No caso, verificada a reincidência específica do acusado, fica vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal, como requerido pelo *Parquet*." (e-STJ, fl. 217).

Como se vê, não houve, no caso, pedido do Ministério Público, no sentido de que o Tribunal *a quo* diminuísse o *quantum* de redução da pena, em razão do reconhecimento da reincidência.

Nesse contexto, verifica-se que o reconhecimento da reincidência e a sua respectiva compensação com a confissão espontânea agravou a pena do réu, mesmo inexistindo recurso da acusação nesse sentido. Cumpre ressaltar, por oportuno, que, consoante a jurisprudência firmada nesta Corte, "é permitido ao Tribunal de Justiça, em recurso de apelação, ainda que exclusivo da defesa, agregar fundamentos para a manutenção da pena-base fixada na sentença, **desde que não a agrave**, sem que se constitua, tal ato, *reformatio in pejus*. (AgRg no AREsp n. 532.119/ES, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 23/5/2018).

Desse modo, para que o réu não tenha a sua pena agravada injustamente, deve-se manter a anterior redução de 4 meses e 15 dias decorrente da aplicação da confissão espontânea, operada pela sentença de primeiro grau, e após, exasperá-la em 2 meses, pelo reconhecimento da reincidência, de modo que a sanção definitiva fica estabelecida em 1 ano e 2 meses de reclusão.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **conheço** do agravo, **e dou provimento** ao recurso especial, para manter o *quantum* de diminuição da pena aplicado pela magistrada de primeiro grau, mantido os demais termos do acórdão, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

