

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.779 - SC (2019/0323854-6)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : VANDERLEI COSTA PEREIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por VANDERLEI COSTA PEREIRA, fundamentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que deu provimento à apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para condená-lo pela prática do crime previsto no art. 312 do Código Penal.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, no segundo grau de jurisdição, pelo crime de peculato, tendo-lhe sido cominada pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, sob regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos – e-STJ fls. 271-293.

Os embargos de declaração opostos pela defesa (e-STJ fls. 311-315) foram rejeitados pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 332-342).

Foram apresentados embargos infringentes e de nulidade em razão da parte não unânime do julgamento da apelação ministerial (e-STJ fls. 318-326), aos quais o Tribunal de origem negou provimento (e-STJ fls. 383-413).

Nas razões do recurso especial, a defesa reputa contrariado o art. 59 do Código Penal e o art. 147 da Lei de Execução Penal (e-STJ fls. 425-443).

Sustenta, em primeira análise, a inidoneidade dos motivos apresentados na valoração negativa da culpabilidade da recorrente e das consequências do crime, bem como a desproporcionalidade do aumento imposto pelo Tribunal *a quo* à pena-base no caso concreto.

Na sequência, assevera que a determinação para o início do cumprimento provisório das penas restritivas de direitos cominadas representa ofensa ao art. 147 da LEP, além de contrariar a jurisprudência desta Corte Superior.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 504-514), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fl. 518), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, manifestou-se pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, por seu provimento (e-STJ fls. 565-567).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca da dosimetria penal, assim se manifestou o Tribunal de origem (e-STJ fls. 285-288):

Na primeira fase da fixação da pena, examino as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Estatuto

Superior Tribunal de Justiça

Repressivo.

A culpabilidade, entendida sob o espectro de um maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente, a partir de suas condições pessoais, deve ser valorada negativamente. Isso porque, como relatado pelo acusado em seu depoimento judicial, o atendimento à Emilia foi deliberadamente direcionado a si, em razão da confiança de que melhor pudesse atender a cliente, razão pela qual a reprovação exacerba pelo abuso da confiança.

Em relação aos antecedentes criminais, inexistente notícia de condenação definitiva transitada em julgado (evento 81, CERTANTCRIM1 e CERTANTCRIM2, ambos do processo originário).

Referentemente à conduta social, entendo que tal circunstância deve ser examinada considerando apenas o comportamento do indivíduo no meio em que vive e a forma na qual está ele inserido socialmente, no esteio do entendimento manifestado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, verbis:

[...]

In casu, inexistente, nos autos, notícia que desabone a conduta social do acusado.

A respeito da vetorial personalidade do agente, vinha entendendo que sua avaliação negativa, assim como da conduta social, deveria estar fundamentada em laudo pericial que ateste a despreocupação do acusado em relação à gravidade dos delitos praticados (HC 148275, 6ª Turma, Rei. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 05-9-2012).

Nessa linha, inclusive, firmou-se a jurisprudência de ambas as Turmas Penais deste Regional:

[...]

Nada obstante, julgados mais recentes do Tribunal da Cidadania vêm entendendo ser prescindível a realização de laudo técnico quando presentes elementos concretos que demonstrem a maior periculosidade do réu, seja em se tratando de registros de condenações definitivas por fatos anteriores, seja pela análise do histórico de vida do agente. Confira-se:

[...]

Destarte, evoluo para compreender que, doravante, a aferição da personalidade do réu independente de laudo técnico realizado por profissionais das áreas de psiquiatria ou psicologia, encontrando respaldo a

Superior Tribunal de Justiça

avaliação negativa da referida vetorial em elementos concretos existentes nos autos.

Com esses fundamentos, e na linha do último precedente jurisprudencial acima colacionado, tendo em vista a ausência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores em desfavor do réu, e, ainda, inexistindo elementos no histórico de vida do agente que demonstrem maior periculosidade, resta favorável a avaliação da personalidade.

Os motivos correspondem àqueles ordinariamente verificados nos crimes dessa natureza; circunstância, portanto, neutra.

Em relação às circunstâncias na qual o delito foi cometido, não merece uma análise negativa, pois normais à espécie delitiva em comento.

A s conseqüências não são expressivas a ponto de ensejar a exasperação da pena basilar.

Por fim, o comportamento da vítima resta prejudicado neste tipo de delito.

Destarte, existindo uma vetorial negativa, fixo a pena basilar em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Na segunda etapa da dosimetria da pena, presente a agravante prevista no artigo 61, II, h, do Estatuto Repressivo, pois o crime foi contra vítima que, na data dos fatos, possuía mais de 60 (sessenta) anos de idade.

Assim exaspero a pena em 1/6 (um sexto), restando fixada em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento ou de diminuição, resta a pena definitivamente estabelecida em 03 (três) anos 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão. (Original sem destaques)

Ao que se nota, a reprovação da culpabilidade do agente está calcada em elementos concretos, extraídos do acervo fático-probatório dos autos, os quais não podem ser considerados inerentes à estrutura típica do crime imputado. A revisão do acórdão, nesse ponto, demandaria o reexame de provas, o que, no âmbito do recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

Por outro lado, no que se refere à desproporção do aumento emplacado à primeira fase dosimétrica, tem razão a defesa.

Com efeito, não parece justificado adequadamente a exasperação da pena-base no patamar de 8 (oito) meses, tempo equivalente a 1/3 (um terço) da pena mínima abstratamente prevista no preceito secundário do tipo penal violado.

Embora passível de elevar o grau de reprovabilidade da conduta, a frustração da confiança de que o recorrente, como empregado da Caixa Econômica Federal, pudesse atender a correntista da melhor forma, por si só, aspecto suficiente para amparar o

Superior Tribunal de Justiça

substancial incremento da pena básica.

Por esse prisma, cabível a redução da pena-base mediante a aplicação da fração de 1/6 (um sexto) para a única circunstância desfavorável ao réu.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESOBEDIÊNCIA. RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MULTIRREINCIDÊNCIA. CONDUTA SOCIAL NEGATIVAMENTE VALORADA COM FUNDAMENTO EM CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA-BASE REDUZIDA. MAUS ANTECEDENTES RECONHECIDOS COM FUNDAMENTO EM UMA ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. EXASPERAÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EARESP n. 1.311.636, realizado em 10/4/2019, por maioria, firmou precedente segundo o qual as diversas condenações pretéritas transitadas em julgado, na primeira etapa dosimétrica, somente podem ser atreladas aos maus antecedentes, admitindo-se que o julgador, diante de um histórico de múltiplas condenações definitivas, efetue valoração mais enfática da referida vetorial.

2. Na espécie, as instâncias ordinárias valoraram negativamente a conduta social com base em uma das três condenações criminais transitadas em julgado ostentadas pelo acusado, sendo as demais utilizadas para fins de configuração da reincidência e de maus antecedentes. Reconhecida, contudo, a inidoneidade da fundamentação adotada para a mensuração negativa da conduta social, esta foi decotada por esta Corte Superior e operada a redução da pena-base.

3. A circunstância judicial atinente aos maus antecedentes, por sua vez, foi reconhecida pelas instâncias ordinárias com base em uma única condenação definitiva anterior diversa. Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada circunstância negativamente valorada, fração eleita em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ressalvada a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique a necessidade de elevação em patamar superior, o que não ocorreu no caso concreto.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1828250/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019)

Igualmente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO DO MESMO FATO COMO CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO § 4º, II, DO ART. 2º DA LEI 12.850/13. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM CONFIGURADO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO E MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA APLICAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/6 EM FACE DE UMA CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O fato de ter o Tribunal considerado a atividade de policial civil para aumentar a pena-base pela culpabilidade e circunstâncias do crime, bem como para fazer incidir a causa de aumento do art. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/13, revela inegável bis in idem, uma vez que não se pode sopesar o mesmo fato em duas fases distintas do cálculo da pena, sob pena de afronta aos arts. 59 e 68 do Código Penal, consoante entendimento consolidado desta Corte.

2. Em razão do princípio da especialidade, havendo previsão específica do fato como causa de aumento de pena, deve ser afastada a vetorial negativa que ensejou a exasperação da pena-base, dado o seu caráter residual, mantendo-se sua utilização na terceira fase.

3. Considerando o critério estabelecido pelas instâncias ordinárias, afastadas duas das três circunstâncias judiciais negativamente valoradas, o aumento a ser aplicado é de 1/6, à luz do princípio da proporcionalidade.

4. Agravo regimental parcialmente provido para estabelecer a pena em 4 anos e 1 mês e 12 dias-multa.

(AgRg no REsp 1797632/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 05/09/2019)

Passa-se, então, ao redimensionamento da pena.

Mantida a valoração negativa da culpabilidade do agente, exaspera-se a pena-base em 1/6 (um sexto), razão por que fica estabelecida em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

No segundo estágio dosimétrico incide a circunstância agravante prevista no art. 61, II, *h*, do CP, motivo pelo qual, mantidos os critérios fixados pelo Tribunal de origem, eleva-se a pena provisória para 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, **a qual se torna definitiva**, haja vista a ausência de causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas na terceira fase de aplicação da pena, mantidos os demais critérios estabelecidos pela instância ordinária.

Por fim, mostra-se acertada, ainda, a pretensão defensiva de obstrução ao início da execução provisória das penas restritivas de direitos.

Superior Tribunal de Justiça

Na presente hipótese, verifica-se que o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente foi determinado pelo Tribunal de origem com fulcro no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP.

Contudo, em 7/11/2019, este entendimento foi superado pela própria Suprema Corte no julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, em que houve a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e a fixação do entendimento de que a execução penal só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação.

Impõe-se, portanto, o ajuste do acórdão impugnado ao novo posicionamento firmado pela Corte Suprema.

Confira-se, por oportuno, o seguinte julgado:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO MAIS ATUAL DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (...)

De fato, em julgamento realizado no dia 7/11/2019, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, n. 44 e n. 54, por maioria, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Em face do exposto, concedo liminarmente a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, salvo prisão por outro motivo, podendo o Magistrado singular, desde que existam elementos concretos para tanto, decretar a prisão preventiva, fundamentadamente"

(HC 545.272/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 11/11/2019, DJe 12/11/2019).

Na mesma esteira, colhem-se as decisões proferidas no REsp n. 1.843.197/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 546.090/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 18/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 545.829/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; e HC n. 545.648/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se provimento** ao recurso especial para redimensionar a reprimenda cominada ao recorrente em razão da prática do crime previsto no art. 312 do CP, bem como para impedir a execução penal antes do trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator

