



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 62.464 - SP
(2011/0237624-8)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
EMBARGANTE : EDUARDO DONIZETI VILAS BOAS BERTOCCO
ADVOGADO : ROBERTO SEIXAS PONTES E OUTRO(S)
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO DE APENAS PARTE DAS PRETENSÕES RECURSAIS. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. TRATAMENTO SOB ENFOQUE DISTINTO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PRETENSÃO PREJUDICADA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE.

1. As matérias de ordem pública, conhecíveis de ofício, não prescindem do requisito atinente ao prequestionamento. Precedentes.

2. Ainda que, eventualmente, hajam sido utilizados termos coincidentes, ou mencionado o mesmo artigo de lei, se o Tribunal de origem houver apreciado os temas sob enfoques distintos dos apresentados na insurgência, não se atende ao prequestionamento.

3. Embora seja desnecessário que a Corte *a quo* mencione expressamente os dispositivos legais tidos como contrariados, é certo que, para fins de reconhecimento do prequestionamento implícito, a matéria deve ser efetivamente debatida, o que não ocorreu no caso.

4. A matéria referente à exceção de suspeição do magistrado de primeira instância já foi enfrentada por este Superior Tribunal no julgamento do AREsp n. 111.293/SP, o que prejudica a pretensão veiculada no presente processo.

5. Esta Corte Superior não é impedida, a partir da realidade fática assentada pelo Juízo *a quo*, de proceder à adequada qualificação jurídica do fato, em razão da valoração, e não do reexame, da prova produzida. Contudo, no caso, as instâncias ordinárias, após detida análise das provas, entenderam demonstrada a ocorrência do delito, razão pela qual não se mostra possível alterar tal conclusão sem o reexame do contexto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

6. A decisão recorrida não é desprovida de fundamentação quanto à dosimetria da pena, tendo sido afirmado que, se apenas uma das duas circunstâncias negativamente valoradas pelo Tribunal de origem foi afastada, não se mostra possível, por consequência, a fixação da pena-base no piso legal. Ademais, no que diz respeito à manutenção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do procedimento adotado no acórdão recorrido, na segunda e terceira fases de aplicação da pena, não era mesmo necessária fundamentação exauriente, afinal, não houve, quanto ao tema, nenhuma impugnação no recurso especial.

7. Se as matérias condizentes ao dissídio jurisprudencial já foram apreciadas, ante a interposição do recurso especial também pela alínea a do permissivo constitucional, não se faz necessária nova apreciação dos temas.

8. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 62.464 - SP
(2011/0237624-8)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de embargos de declaração opostos por **Eduardo Donizeti Vilas Boas Bertocco** ao acórdão que conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento (fls. 972/985):

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO DE APENAS PARTE DAS PRETENSÕES RECURSAIS. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PRETENSÃO PREJUDICADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DOS VÍCIOS MENCIONADOS NO ART. 619 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE DOLO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DE PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.

Agravo conhecido. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte.

No presente recurso (fls. 992/1.008), o embargante reafirma que foi cumprido o requisito atinente ao prequestionamento e, no mais, repete a argumentação utilizada no recurso especial.

Pede-se o acolhimento dos embargos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 62.464 - SP
(2011/0237624-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Inicialmente, saliento que, tendo em vista o nítido caráter infringente do presente recurso, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, em consideração ao princípio da fungibilidade (art. 579 do CPP).

Todavia, observo que não assiste razão ao recorrente.

As pretensões recursais podem ser subdivididas nos seguintes aspectos:

a) prequestionamento

A decisão embargada tratou do tema da seguinte maneira (fls. 974/976):

[...]

Inicialmente, incumbe analisar o cumprimento do pressuposto recursal referente ao prequestionamento.

Nesse passo, verifico que os temas analisados pela Corte *a quo*, no julgamento da apelação (fls. 717/722), foram os seguintes: suspeição do magistrado de primeira instância; existência de prova para a condenação; adequada tipificação da conduta; redimensionamento da pena.

Foram opostos embargos de declaração (fls. 725/730), aduzindo-se a existência de contradição com a prova dos autos, e requerendo o prequestionamento das matérias *lançadas nestes autos nas manifestações defensivas*, sem, contudo, explicitar quais matérias seriam essas.

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 733/736), por entender que *não há omissão ou contradição, mas mera discordância*.

No recurso especial (fls. 739/777), o ora agravante alega, em suma, negativa de vigência aos seguintes dispositivos legais:

a) arts. 3º, 101 e 564, I, do Código de Processo Penal e art. 135, V do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que se verifica a suspeição do magistrado e, por conseguinte, a nulidade da sentença;

b) arts. 619 do Código de Processo penal e 535 do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que não foi sanada contradição, nem foram analisados todos os dispositivos legais invocados nos embargos de declaração;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c) arts. 168 do Código Penal, 1º da Lei n. 8.137/1990 e 386, V e VII do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que inexistiu dolo na conduta praticada;

d) arts. 61 do Código de Processo Penal, 1º, § 1º da Lei n. 8.137/1990, 34 da Lei n. 9.249/1995, 9ª da Lei n. 10.684/2003 e 168-A do Código Penal, sob o fundamento de que houve extinção da punibilidade pela reparação do dano;

e) arts. 171, § 1º e 155, § 2º do Código Penal, sob o fundamento de que a conduta se amolda ao estelionato privilegiado, o que permite, inclusive, a aplicação do princípio da insignificância;

f) arts. 59, 77 e 114, I, todos do Código Penal, sob o fundamento de que a pena privativa de liberdade e a multa deveriam ser aplicadas no mínimo legal, o que conduziria à suspensão condicional da pena ou mesmo à prescrição.

Afirma-se, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial referente aos primeiro, terceiro, quarto e quinto temas acima apontados.

Posto isso, verifico que as pretensões dos itens *d* (extinção da punibilidade pela reparação do dano), *e* (estelionato privilegiado e princípio da insignificância) e parte do *f* (*sursis* e prescrição), supra dispostos, não foram objeto de apreciação por parte da Corte local, a despeito da oposição de embargos de declaração, razão pela qual restou desatendido o requisito do prequestionamento, nos termos das Súmulas 282/STF, aplicável por analogia, e 211/STJ.

[...]

O recorrente, então, visando afastar tal óbice, faz, na presente insurgência, alegações que não admitem acolhimento, senão vejamos:

Primeiramente, afirma que a matéria atinente à extinção da punibilidade, seja pela reparação do dano, seja pela prescrição da pretensão punitiva, *sendo matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, dispensa o suscitado prequestionamento* (fl. 994).

Ocorre que, mesmo as matérias de ordem pública, conhecíveis de ofício, não prescindem do requisito atinente ao prequestionamento, conforme se observa dos seguintes precedentes:

[...]

3. O exame de questões de ordem pública, passíveis de análise em qualquer momento e grau de jurisdição, só se mostra possível, perante esta Corte, após o conhecimento do respectivo recurso interposto pela parte, desde que observado o requisito do prequestionamento.

[...]

(AgRg no AREsp n. 303.317/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 28/6/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. "Nos termos da jurisprudência consolidada e reiterada do Superior Tribunal de Justiça, mesmo as chamadas matérias de ordem pública, apreciáveis de ofício pelas instâncias ordinárias, devem ser prequestionadas, de modo a viabilizar o acesso às instâncias extraordinárias" (AgRg no Ag 1.151.177/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/6/2012, DJe 6/8/2012).

[...]

(AgRg no REsp n. 966.229/RS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 20/5/2013)

Assevera, ainda, que houve o efetivo prequestionamento dos temas, uma vez que o Tribunal de origem fez alusão ao *ressarcimento*, à *apropriação*, ao *art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/1990*, ao *estelionato* e aos *artigos 77 e 114, I, do Código Penal*.

No ponto, observo que, em verdade, o acórdão recorrido passou ao largo das matérias a respeito das quais se pretende apreciação. Ou seja, ainda que, eventualmente, hajam sido utilizados termos coincidentes, ou mencionado o mesmo artigo de lei, o certo é que o Tribunal de origem apreciou os temas **sob enfoques distintos dos apresentados na presente insurgência**:

[...]

2. A matéria do art. 527, V, do CPC, não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal de origem, **sob o enfoque dado pelos recorrentes**, mesmo após a oposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, cabia aos recorrentes ter alegado, nas razões do recurso especial, violação ao art. 535 do CPC, ônus do qual não se desincumbiram. (Súmula 211/STJ).

[...]

(AgRg no AREsp n. 237.697/GO, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 14/2/2013 – grifo nosso)

[...]

2. No que tange a alegada violação dos arts. 462, 333, inc. II, e 202, inc. VI, do CPC, e 3º do Decreto n. 20.910/32, e os temas a eles referentes, **ausente o inarredável requisito do prequestionamento, havendo a Corte de origem proferido julgamento sob enfoque diverso**.

[...]

(REsp n. 1.202.436/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/2/2011 – grifo nosso)

Por fim, quanto ao prequestionamento implícito, ressalto que, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obstante seja mesmo desnecessário que a Corte *a quo* mencione expressamente os dispositivos legais tidos como contrariados, o certo é que a matéria deve ser debatida, o que, repita-se, não ocorreu no presente caso.

b) suspeição do magistrado

Quanto ao tema, o recorrente não apresenta argumentos capazes de superar o óbice apontado na decisão embargada, a qual deve, portanto, ser mantida por seus próprios fundamentos, a seguir transcritos (fls. 976/977):

[...]

A discussão, no tópico, diz respeito à suspeição do magistrado de primeira instância.

Sobre a questão, o Tribunal de origem afirmou o seguinte (fls. 718/719):

[...]

Rejeito a preliminar. Como bem salientou o culto procurador de justiça, foi interposta exceção de suspeição, que, rejeitada pelo digno sentenciante, foi remetida à Colenda Câmara Especial desta Corte. Ora, como não vejo, nestes autos, motivo que justifique a alegação, não há sequer por que aguardar o resultado do julgamento a ser proferido nesse incidente.

[...]

Observa-se, assim, que, apesar de se encontrar, a exceção de suspeição, pendente de análise pela própria Corte *a quo*, entendeu-se possível prosseguir na apreciação do recurso de apelação.

Inicialmente, saliento que não há qualquer nulidade em tal procedimento, afinal, não há efeito suspensivo automático decorrente da oposição do mencionado incidente (art. 111 do Código de Processo Penal).

No mesmo sentido:

[...]

3. Não viola o princípio do juiz natural o julgamento proferido na pendência de exceção de suspeição de magistrado que, nos termos do Código de Processo Penal não é causa obrigatória da suspensão do curso do processo principal. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

(HC n. 117.758/MT, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/12/2010)

No caso, porém, constato a ocorrência de circunstância que torna prejudicada a apreciação do tema ora sob análise.

Com efeito, a exceção que foi oposta de forma incidente na ação penal de que cuidam os presentes autos (Processo n. 549.01.2007.002474-2 - 427/07), cuja pendência no julgamento foi referida no trecho do acórdão recorrido acima transcrito, acabou não sendo conhecida pela Corte local, em razão da sua intempestividade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal conclusão - intempestividade da exceção - foi mantida por este Superior Tribunal, no julgamento do AREsp n. 111.293-SP, de sorte que, não ultrapassado o conhecimento do incidente, não é possível a análise do mérito - suposta parcialidade do magistrado.

[...]

c) desnecessidade de reexame de prova

O recorrente entende que, para o fim de aferir a negativa de vigência aos arts. 168 do Código Penal, 1º da Lei n. 8.137/1990 e 386, V e VII, do Código de Processo Penal, não se faz necessário o reexame de prova, mas sim a valoração, o que é admitido em sede de recurso especial.

No ponto, a decisão recorrida foi clara ao demonstrar ser vedado o reexame de matéria fático-probatória, afastando a alegação de que o caso enseja mera valoração, devendo, por conseguinte, também ser mantida por seus próprios fundamentos (fls. 979/982):

[...]

No ponto, o recorrente assevera que (fls. 753/754):

[...]

A acusação não logrou êxito em demonstrar o inafastável dolo, por sua vez, a defesa demonstrou ter sido, o Recorrente, vítima de *vírus* em seu computador de trabalho.

[...]

Inequívoca, pois, a completa ausência de dolo por parte do Recorrente quanto aos delitos respectivos.

[...]

Ora, não havendo provas nos autos de que o ora Recorrente incorreu em qualquer crime de apropriação indébita, sonegação fiscal, estelionato e/ou falsidade documental, inafastável a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, e, assim, a absolvição do mesmo se impõe, mormente quando apenas presunções concorrem para sua incriminação.

[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, afirma o seguinte (fls. 719/720):

[...]

Diz a denúncia que, durante o ano de 2007, em várias ocasiões, ele teria falsificado oito guias de recolhimento (Gares), destinados a recolhimento de custas e despesas processuais. Na qualidade de advogado, recebia o valor correspondente dos clientes (em um caso, advogava em causa própria) e simulava pagamento via internet juntando os recibos falsos aos autos respectivos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estes fatos são incontroversos; o réu, em sua defesa, alega apenas ter acreditado que as recolhera efetivamente, o que não ocorreu devido a um "vírus" em seu computador. Versão que - com todo o respeito pelos combativos defensores - só não é ridícula por abeirar-se do patético: quer o acusado, realmente, fazer crer que não apenas foi vítima do primeiro "vírus benigno" na história da computação (pois o dinheiro não era desviado de sua conta, nela permanecendo), mas que, distraído, nem percebeu que os valores (num dos casos bem superior a R\$ 7.000,00) não haviam sido debitados...

Desnecessárias maiores considerações, **ficando, no mais (a este respeito), adotados os bem colocados fundamentos da r. sentença e do douto parecer.**

[...]

De tal sorte, pode-se afirmar com a necessária certeza que o acusado apropriou-se de valores de que tinha a posse, em prejuízo de seus clientes [...]

Nota-se, então, que a Corte local, quanto à prova do crime, a par de algumas considerações, adotou a técnica de fundamentação referencial (*per relationem*), remetendo as razões do voto condutor do acórdão à sentença condenatória.

Em primeira instância, a tese defensiva foi tratada da seguinte maneira (fls. 577/580):

[...]

Calha asseverar, outrossim, que a versão única apresentada pelo réu em sua defesa não tem menor credibilidade e verossimilhança.

Alega o réu que, inocentemente, seu computador foi contaminado por vírus que causou panes consistentes na emissão de guias falsas durante os pagamentos realizados; sem que o acusado soubesse desse fato e sem que tivesse percebido a ausência de lançamentos dos débitos em sua conta corrente.

Tal escusa se apresenta absurda e pueril.

Todos sabem que vírus de computador não existem para beneficiar as máquinas contaminadas, e nem para falsificar documentos em benefício das pretensas vítimas. Vírus de computador são programas que se instalam nas máquinas (normalmente pela internet, mediante abertura de aplicativos mal intencionados, ou por abertura de "links" que encaminham a navegação para "site" espião), e que, por regra, se destinam à captura de dados (especialmente senhas) das vítimas, para que os "hackers", na posse desses dados, consigam algum benefício para si e em prejuízo das vítimas que tiveram seus dados capturados por programas ou "sites" falsos especialmente desenvolvidos para esse desiderato.

Não há, na literatura da informática e da internet, um único dado que descreva a existência de vírus que contaminem as máquinas e que emitam guias de arrecadação estadual forjadas.

Além disso, é óbvio que se o acusado, de fato, realizava pagamentos pelo sistema de internet com débito em sua própria conta corrente, ele (acusado) deveria ter saldos em referida conta bancária que viabilizassem os pagamentos. No caso, contudo, o documento de fls. 105/106 revela que o réu sequer possuía saldo suficiente em sua conta corrente junto ao Banco Bradesco para, à época, realizar o pagamento daquele primeiro preparo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursal, no valor de R\$ 7.685,38.

Fatos extraordinários não se presumem. Alegando o réu a existência de contaminação de vírus em sua máquina e o desconhecimento da falsificação dos documentos que ele mesmo imprimiu e juntou nos autos dos processos e que só ao réu interessava falsificar, cumpria-lhe comprovar essa alegação de inocência (calcada em fato extremamente incomum e inverossímil, de contaminação por vírus de computador, desconhecido).

Na espécie, contudo, nada foi comprovado pela defesa, e simplesmente porque não existe, no mundo, até o presente momento, nenhum vírus de computador com características daquelas alegadas pelo acusado, e porque o próprio acusado não tinha saldo em sua conta bancária que viabilizasse, às épocas, a feitura dos pagamentos das guias via internet.

[...]

Ainda que assim não fosse, é óbvio que se o acusado efetivamente descobrisse a existência de algum vírus em seu computador, sabedor que já era alvo de investigação criminal, jamais o acusado determinaria, simplesmente, que o vírus fosse apagado de seu computador sem qualquer cautela preliminar em relação à coleta do nome do vírus e do arquivo infectado. No caso, ninguém soube informar qual seria o nome desse "vírus misterioso" e que só teria afetado o computador do réu.

O depoimento testemunhal prestado a fls. 394/400 não confirma (e nem poderia confirmar) as teses do réu. A testemunha (um simples técnico em informática, sem qualquer qualificação científica em aplicativos e antivírus) nada soube precisar sobre os fatos litigiosos. A testemunha só disse que o computador do réu continha vírus; podendo esse vírus gerar páginas falsas e roubar informações do que fosse digitado. Ademais, para sacramentar a impertinência da absurda tese defensiva, a mesma testemunha arrolada pelo acusado foi enfática ao negar conhecer a existência de vírus que falsificassem guias em processos judiciais (fls. 399). Portanto, é óbvio que a prova do álibi, que incumbia ao réu, não foi feita nos presentes autos (art. 156 do Código de Processo Penal).

[...]

Importa, também, anotar que este juízo determinou a realização de perícia no computador do réu, supostamente infectado. Feito o exame (fls. 70/73), não foi verificado nenhum vírus ou vestígio de vírus.

[...]

Por conseguinte, observa-se, das extensas transcrições supra, que, a partir das provas produzidas nos autos, as instâncias ordinárias concluíram que o caso comportava a condenação do recorrente.

Assim, para afastar tal conclusão, na forma pretendida, resulta clara a necessidade de reexame do acervo fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

Acrescento que esta Corte não é impedida, **a partir da realidade fática assentada pelo Juízo a quo**, de proceder à adequada qualificação jurídica do fato, em razão da valoração, e não do reexame, da prova produzida.

Contudo, no caso, as instâncias ordinárias, **após detida análise das provas**, entenderam demonstrada a ocorrência do delito, razão pela qual não se mostra possível alterar tal conclusão sem o reexame do contexto fático-probatório.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

d) aplicação da pena

O recorrente aduz que a decisão embargada não apreciou a *matéria defensiva, segundo a qual a pena deveria ter sido aplicada no mínimo legal* (fl. 1.003), bem como não apresentou *de forma mínima os fundamentos que culminaram no acolhimento parcial do inconformismo* (fl. 1.005).

Não é, todavia, o que se observa na decisão objeto da insurgência.

Ora, de pronto, afirma-se que, se a pretensão recursal, quanto ao tópico, foi parcialmente acolhida, é porque a matéria de defesa foi apreciada.

De fato, na decisão recorrida, afirmei não ser possível a fixação da pena-base no mínimo legal, em razão da necessidade de manter parte da fundamentação utilizada pela Corte *a quo*, condizente à gravidade concreta do delito.

Ou seja, se, das duas circunstâncias negativamente valoradas pelo Tribunal de origem, uma foi afastada e a outra foi mantida, não se mostra possível, por consequência, a fixação da pena-base no piso legal.

Ademais, no que diz respeito à manutenção do procedimento adotado no acórdão recorrido, na segunda e terceira fases de aplicação da pena, não era mesmo necessária fundamentação exauriente, afinal, não houve, quanto ao tema, nenhuma impugnação no recurso especial.

Assim, mais uma vez, não há reparo algum a ser efetuado na decisão recorrida, impondo-se a sua manutenção, por seus próprios fundamentos (fls. 982/984):

[...]

No ponto, assevera o ora agravante que *inexistem fatores desfavoráveis dos vetores do art. 59 do CP, razão pela qual a pena-base deve ser fixada no mínimo legal* (fl. 772).

No julgamento da apelação, a Corte de origem procedeu ao redimensionamento da pena do recorrente, fazendo-o nos seguintes termos (fls. 721/722 - grifo nosso):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

O digno juiz procedeu, na pena-base, a aumento de 150%; por graves que sejam os fatos - e o são - não me parece justificado. **Mesmo admitindo que o acusado tenha uma condenação definitiva (não comprovada por certidão nos autos) e a indubitável gravidade dos fatos, não há fugir da constatação de que, dos fundamentos utilizados pelo digno sentenciante, vários já constam do tipo penal e um constitui agravante genérica. De tal sorte, reduzo a pena-base para dois anos e seis meses de reclusão e doze dias-multa**, no valor de um salário-mínimo o dia (aumento de um quarto na pena-base; o valor do dia-multa é fixado tendo em conta a autoproclamada - fls. 4 - situação do acusado, bem sucedido em sua carreira). Em seguida, **verifico que incide a agravante do art. 61, II, g, do Código Penal**; embora o dever de lealdade seja inerente a qualquer profissão, no caso do advogado constitui dever legal, instituído pelo Estatuto da classe e pelo Código de Ética e Disciplina. Não há falar, porém, em motivo torpe: o lucro indevido, afinal, é o fito da maioria dos crimes; **elevo a pena, assim, para três anos de reclusão e catorze dias-multa (aumento de um quinto).**

Finalmente, levando em conta, por um lado, o número de delitos e, por outro, o valor quase irrisório das apropriações, **aumento a pena de um terço, ficando ela definitiva em quatro anos de reclusão e dezoito dias-multa, no valor de um salário-mínimo o dia.** Embora seja possível o regime aberto, as mesmas circunstâncias que levaram ao aumento da pena mostram ser ele inadequado e insuficiente, razão por que fixo como regime inicial o semiaberto.

[...]

Desta forma, apesar de não ser muito clara a fundamentação do Tribunal local, podem-se extrair as seguintes conclusões: a) na primeira fase da dosimetria, foram afastadas as razões utilizadas pelo juízo de primeira instância, mantida apenas a valoração negativa referente à existência de uma condenação definitiva e a gravidade dos fatos, tendo sido a pena-base fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão e 12 dias-multa; b) na segunda fase, foi imposto aumento de 6 meses de reclusão e 2 dias-multa, por força da agravante do art. 61, II, g do Código Penal; c) na terceira fase, em razão da continuidade delitiva, houve aumento de 1/3, resultando pena definitiva de 4 anos de reclusão e 18 dias-multa.

Posto isso, observo que assiste parcial razão ao recorrente quanto à alegada violação do art. 59 do Código Penal, condizente à fixação da pena-base.

Com efeito, se é a própria Corte de origem que afirma não ter sido demonstrada nos autos a existência de anterior condenação definitiva do réu, não se há que falar em maus antecedentes.

Quanto à gravidade do delito, esta apenas pode ser utilizada como fundamento para exasperação da pena-base quando fundada em elementos concretos. No caso, tais elementos foram devidamente apresentados pelo juízo de primeiro grau (fls. 584/585):

[...]

O uso do material falsificado se deu no bojo de processos judiciais, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízo da Justiça e do Poder Público. O réu é pessoa de cultura, com formação jurídica e universitária e com pleno conhecimento dos meandros da Justiça e das deficiências de fiscalização possível quanto aos tributos judiciais. [...] O réu, ainda, adotou postura, na fase de investigação, com vistas a atrapalhar o êxito das investigações policiais, lavrando boletim de ocorrência com declarações falsas, simulando existência de vírus inexistente para justificativa de seu procedimento (fls. 03 do segundo apenso).

Portanto, verifica-se extrema e especial gravidade [...]

Tratando-se de circunstâncias que desbordam da figura típica, deve ser mantida a valoração negativa.

Assim, afastada parcialmente a fundamentação utilizada para agravamento da pena-base, deve ser esta reduzida para 2 anos e 3 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Não há alteração a ser efetuada quanto à conduta da Corte *a quo* na segunda e terceira fases da dosimetria (respectivamente, agravamento de 1/5 e aumento de 1/3), razão pela qual a pena definitiva deve ser redimensionada para **3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 17 dias-multa**.

Devem ser mantidos, ainda, o regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade, a substituição por pena restritiva de direito, e o valor do dia-multa, na forma disposta no acórdão recorrido.

[...]

e) divergência jurisprudencial

Quanto ao tema, na decisão agravada, salientei que os acórdãos paradigma apontados pelo recorrente ou dizem respeito à suspeição e inexistência de dolo, matérias que foram devidamente tratadas, ou à extinção da punibilidade pela reparação do dano e ao estelionato privilegiado, temas que não ultrapassaram o requisito do prequestionamento.

Assim, entendi que não se faziam necessárias outras considerações sobre tais assuntos, conclusão que deve ser mantida.

De fato, se as matérias condizentes ao dissídio jurisprudencial já foram apreciadas, ante a interposição do recurso especial também pela alínea a do permissivo constitucional, não se faz necessária nova apreciação dos temas.

Em face do exposto, **recebo** os embargos de declaração como agravo regimental e **nego-lhe provimento**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0237624-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
AREsp 62464 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 24707 24740520078260549 5490120070024742 990101309084

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EDUARDO DONIZETI VILAS BOAS BERTOCCO
ADVOGADO : ROBERTO SEIXAS PONTES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Fé Pública - Falsificação de papéis públicos

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : EDUARDO DONIZETI VILAS BOAS BERTOCCO
ADVOGADO : ROBERTO SEIXAS PONTES E OUTRO(S)
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negou provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.