



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 469.600 - SP (2014/0024029-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **A M P DE A**
AGRAVANTE : **R A P DE A**
ADVOGADO : **DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
ASSIST. AC : **WOW INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**
ADVOGADOS : **ANDRÉ FRANCISCO MAYORGA DIAS E OUTRO(S)**
PEDRO LUIZ CUNHA ALVES DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRESCRIÇÃO DE PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. ART. 109, IV, DO CP. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUÍZO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. REGIME PRISIONAL MAIS RIGOROSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP.

1. A prescrição, quando proferida sentença condenatória, será regulada pela pena em concreto aplicada, entendendo-se como tal aquela definida após a apreciação de todas as etapas da dosimetria, desconsiderando-se eventuais acréscimos em decorrência do reconhecimento de concurso formal ou continuidade delitiva.

2. A pena privativa de liberdade estabelecida aos agravantes, desprezada a majoração pela continuidade delitiva, foi de 2 anos e 8 meses de reclusão, a qual, segundo o art. 109, IV, do Código Penal, prescreve em 8 anos.

3. A incompetência *rationi loci* é relativa e, em consequência, prorrogável. “As regras do princípio do Juiz Natural dizem respeito tão-somente às determinações constitucionais acerca da jurisdição brasileira, e não às infraconstitucionais, não havendo, portanto, o que se falar em ofensa ao art. 5º, LIII, da CF/88 quando eventualmente inobservada essa norma” (HC 108869/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 3/8/2009).

4. A condenação dos agravantes decorreu da apreciação dos elementos probatórios colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório. Chegar a conclusão diversa exigiria revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de recurso especial, havendo óbice da Súmula 7 do STJ.

5. A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

6. A fixação da pena-base em 1 ano acima do mínimo legal está devidamente fundamentada em elementos concretos, notadamente nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valores da apropriação e do prejuízo financeiro resultante da conduta delituosa.

7. A fixação do regime semiaberto está respaldada na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em consonância com a determinação expressa do art. 33, § 3º, do Código Penal.

8. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de fevereiro de 2016 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 469.600 - SP (2014/0024029-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por A M P DE A e R A P DE A contra decisão às fls. 1.296/1.303 que negou provimento ao agravo, mantendo o acórdão do Tribunal de Justiça local.

Os agravantes sustentam, inicialmente, a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que a pena-base foi fixada em 2 anos, não houve recurso do Ministério Público ou do assistente de acusação e a sentença condenatória foi publicada em 15/4/2010.

Quanto ao mais, buscam o reconhecimento da incompetência absoluta do juízo processante por violação ao princípio do juiz natural, e a reavaliação das provas, a fim de serem absolvidos ou terem a pena readequada, sendo-lhes fixado regime menos gravoso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 469.600 - SP (2014/0024029-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Inicialmente, cumpre observar que, segundo a jurisprudência desta Corte, a prescrição, quando proferida sentença condenatória, será regulada pela pena em concreto aplicada, entendendo-se como tal aquela definida após a apreciação de todas as etapas da dosimetria, desconsiderando-se eventuais acréscimos em decorrência do reconhecimento de concurso formal ou continuidade delitiva.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONDENAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA CONSIDERAR DESFAVORÁVEL A PERSONALIDADE DO RÉU. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITO E AÇÕES EM CURSO. TESE NÃO CONHECIDA PELA FALTA DE PRONTA COMPROVAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA MODALIDADE RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. Com base nas penas aplicadas ao ora Paciente - dois anos e três meses de reclusão - sem o reconhecimento da continuidade delitiva, o prazo prescricional aplicável é de 08 (oito) anos, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal.

7. Dessa feita, não se observa a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Isso porque não transcorreu, entre o recebimento da denúncia e a sentença, o lapso temporal de 08 (oito) anos.

8. *Writ* não conhecido. Ordem de *Habeas corpus* concedida, de ofício, para reduzir a pena privativa de liberdade para 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e a pena de multa para 12 (doze) dias-multa, mantendo-se, no mais, a condenação. (HC 254211/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 17/6/2014).

No presente caso, conforme se extrai do acórdão da apelação criminal, a pena-base dos agravantes foi fixada em 2 anos de reclusão e aumentada em 1/3 pelo reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 168, § 1º, do Código Penal. Tal pena foi, ainda, majorada em 1/3 diante do reconhecimento da continuidade delitiva, sendo ao final estabelecida em 3 anos, 6 meses de 20 dias de reclusão e 34 dias-multa.

Dessa forma, observa-se que a pena privativa de liberdade estabelecida aos agravantes, desconsiderando a majoração pela continuidade delitiva, foi de 2 anos e 8 meses de reclusão, a qual, segundo o art. 109, IV, do Código Penal, prescreve em 8 anos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, tendo em vista que a sentença condenatória foi preferida em abril de 2010, observa-se que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva.

Quanto à competência do juízo para apreciação do feito, cumpre observar que “as regras do princípio do Juiz Natural dizem respeito tão-somente às determinações constitucionais acerca da jurisdição brasileira, e não às infraconstitucionais, não havendo, portanto, o que se falar em ofensa ao art. 5º, LIII, da CF/88 quando eventualmente inobservada essa norma” (HC 108869/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 3/8/2009).

A incompetência *rationi loci*, conforme ressaltado na decisão ora agravada, é relativa e, em consequência, prorrogável. Ademais, para a declaração de nulidade no âmbito processual penal, é necessária a demonstração do prejuízo causado à parte, principalmente quando o ato alcança a finalidade que lhe é intrínseca, nos termos do art. 563 do CPP, o que não se observa nas alegações dos agravantes.

Relativamente ao pleito absolutório, nota-se que a condenação dos agravantes decorreu da apreciação dos elementos probatórios colhidos em juízo, sob o crivo do contraditório, conforme se observa na sentença (fls. 902/908) e no acórdão recorrido, anotado no que interessa (fls. 1.051/1.055):

Diante do conjunto acusatório colacionado não há como acolher o pedido de absolvição por insuficiência probatória, ressaltando a evidência do dolo nas condutas descritas na denúncia.

Os valores descrito, segundo a prova documental e testemunhal, inclusive confissão dos réus, foram efetivamente entregues aos apelantes. Estes simularam o pagamento de despesas para desembaraço aduaneiro de mercadorias e apropriaram os respectivos valores, lançando guias com chancelas bancárias não reconhecidas por estas instituições para a prestação de contas à vítima.

Os acusados eram proprietários da empresa Brapar e responsáveis pelos pagamentos dos tributos referentes à liberação das mercadorias importadas, receberam as quantias necessárias a cumprir o ajustado com a vítima, porém, locupletaram-se dos valores, tanto é que a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo apontou a ausência de recolhimento dos tributos e as instituições bancárias, nas quais os pagamentos teriam sido realizados, foram expressas ao afirmar que as GARE-ICMS relacionadas a fls. 112, não foram acolhidas ou recebidas (fls. 112.146).

Não exime de culpa os réus a alegação de que os pagamentos foram realizados adequadamente conforme as guias chanceladas pelas instituições bancárias, porquanto estas negam o acolhimento.

Também não convence a mera suposição, sem qualquer comprovação nos autos, de que funcionários dos estabelecimentos bancários teriam atuado em fraudes na cidade de Santos e por consequências (*sic*) seriam os responsáveis pelo ilícito. Incumbe à defesa demonstrar fato desconstitutivo do direito do autor (art. 156 do Código de Processo Penal), o que não o fez.

Desnecessária a realização de perícia para apurar a veracidade das chancelas bancárias. As instituições financeiras foram firmes em afirmar que as guias não foram recolhidas em suas agências e a Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo não acusou a quitação do imposto devido.

[...]

Se não bastasse, a documentação de fls. 370/387 (extrato de movimentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bancária da empresa Brapar W. Service Com. Exp. E Imp. – referente ao período correlato à prática dos crimes) demonstra, ao contrário do que alega (*sic*) os réus em seus interrogatórios, que as guias GARE-ICMS (fls. 118/119) não foram pagas com cheques emitidos pela empresa Brapar.

Excetuando-se a transação aludida na guia de fls. 115 com pagamento em 22.06.1999 e compensação do título de crédito em 23.06.1999, inexistente tal correlação entre as demais guias e respectivas compensações de cheques, salientando, no entanto, que a guia de fls. 116, estranhamente, pode ser vinculada a cheque compensado seis dias após o pagamento.

Porém, incrimina os réus o fato de quando foi efetuado o suposto pagamento da guia de fls. 119, sequer havia saldo na conta bancárias da empresa dos réus, o que impossibilitaria a compensação do título de crédito. Apenas em 27.04.2000 foi realizado depósito de quantia suficiente para abater o saldo devedor, sem que houvesse no mês de abril de 2000 compensações de cheques, tudo a demonstrar a inverossimilhança da versão dos acusados.

Por fim, como bem apontado pelo assistente da acusação, o acusado Antônio confirma em seu interrogatório judicial a emissão de cheques para pagamento de ICMS em nome da empresa vítima e a existência de documentação para comprovar sua assertiva (fls. 444). Porém, não anexou os documentos aos autos e deixou de solicitar, o que seria razoável para corroborar sua tese absolutória, a microfilmagem dos supostos títulos de crédito para averiguar em quais contas os cheques foram depositados, já que a instituição bancária e o fisco não reconhecem o pagamento em favor da empresa Wow, pertencente à ofendida.

Também infirma as declarações dos réus e da testemunha de defesa Marco Antônio no tocando à conferência do pagamento da guia ICMS, o que, em tese, eximiria os apelantes de responsabilidade, o ofício da Delegacia Regional Tributária do Litoral (fls. 565) informando que o fisco estadual não mantinha fiscais no interior da Alfândega do Porto de Santos entre os anos de 1998 e 2000.

Assim, devidamente comprovada a vinculação dos réus com os fatos descritos na denúncia necessária a condenação.

Dessa forma, chegar a conclusão diversa exigiria revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de recurso especial, havendo óbice da Súmula 7 do STJ à análise do mérito recursal.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DA ESFERA PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O reconhecimento da alegada violação de dispositivo infraconstitucional aduzida pelo recorrente, para decidir pela sua absolvição, demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do STJ.

[...]

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 148587/RS, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 7/5/2015).

Quanto à dosimetria da pena, sustentam os agravantes que houve equívoco na valoração das provas, uma vez que, além de serem primários, não se explicitaram circunstâncias judiciais desfavoráveis para justificar o aumento da pena-base tão acima do mínimo legal.

Entretanto, observa-se que as instâncias ordinárias fixaram a pena-base acima do mínimo legal em vista da culpabilidade e das consequências do crime, conforme destaca o acórdão recorrido (fls. 1.055/1.056):

As penas-base foram fixadas no triplo acima do mínimo legal pela culpabilidade dos réus e consequências do crime, majorada em um terço pela causa de aumento prevista no inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 168, do Código Penal e em dois terços pela continuidade delitiva.

Atenta a culpabilidade dos acusados, que deliberadamente apropriaram-se de expressiva quantia em dinheiro, aproximadamente R\$ 154.000,00 (cento e cinquenta e quatro mil reais) e as consequências do crime, que resultou em prejuízo financeiro no montante de R\$ 548.000,00 (quinhentos e quarenta e oito mil reais) para a empresa vítima, haja vista a necessidade de honrar com as dívidas tributárias oriundas das apropriações indébitas, necessária a majoração da base.

Entretanto, assiste razão a defesa ao pleitear a diminuição do percentual da majoração. Fixo a pena-base para ambos os acusados em dois anos de reclusão, mais o pagamento de vinte dias-multa, adotando-se o dobro como fração de aumento, em consonância, aliás, com o acórdão do Min. Cezar Peluso anexado a fls. 827/836 pelo combativo causídico dos réus.

Oportuno registrar que a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, não há impedimento para que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

Assim, fundamentada a fixação da pena-base em 1 ano acima do mínimo legal em elementos concretos, notadamente nos valores da apropriação e do prejuízo financeiro resultante da conduta delituosa, e não observado flagrante abuso do exercício da discricionariedade no acórdão recorrido, não pode este Tribunal Superior promover a sua alteração sem revolver o conteúdo fático-probatório, mantendo-se, portanto, o óbice da Súmula 7 desta Corte.

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. PENA-BASE. ACRÉSCIMO JUSTIFICADO. CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CIRCUNSTÂNCIAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUDICIAIS NEGATIVAS. RECONHECIMENTO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No tocante à alegada afronta à legislação federal, diversamente do alegado, não restou demonstrada, com clareza, de que forma o acórdão recorrido ofendeu-a, caracterizando, desta maneira, a ausência de fundamentação jurídica e legal, conforme previsto na Súmula 284, do STF, que dispõe; "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

2. Hipótese em que está justificado o acréscimo da pena-base, pois existem condenações por fatos anteriores ao delito em apreço, com trânsito em julgado posterior, que podem ser consideradas circunstâncias judiciais negativas.

3. O Eg. Tribunal *a quo*, amparado na interpretação do arcabouço probatório dos autos e na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, entendeu cabível o aumento da pena-base, fazendo incidir o óbice da Súmula 7, STJ a desconstituição de tal entendimento.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 363018/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, Quinta Turma, DJe 21/2/2014).

Por fim, melhor sorte não assiste aos agravantes quanto à fixação do regime semiaberto, uma vez que fundamentada na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (fl. 1.057), em consonância com a determinação expressa do art. 33, § 3º, do Código Penal.

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS RIGOROSO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL A JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. AGRAVO DESPROVIDO.

- A presença de circunstância judicial desfavorável é fundamento idôneo a justificar a fixação de regime inicial mais rigoroso de cumprimento da pena, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal (AgRg no REsp 1226002/MT, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 8/9/2015)

Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 423596/PB, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 16/11/2015).

Cumprе ressaltar que a valoraçãо da prova no âmbito do recurso especial, conforme reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça, pressupõe contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, o que não foi demonstrado na hipótese.

Diante de todo o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0024029-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 469.600 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 05168130220108260000 14332 50020661932 5168130220108260000 60209 661932002
990105168132

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : A M P DE A
AGRAVANTE : R A P DE A
ADVOGADO : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSIST. AC : WOW INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : PEDRO LUIZ CUNHA ALVES DE OLIVEIRA
ANDRÉ FRANCISCO MAYORGA DIAS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : A M P DE A
AGRAVANTE : R A P DE A
ADVOGADO : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSIST. AC : WOW INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : PEDRO LUIZ CUNHA ALVES DE OLIVEIRA
ANDRÉ FRANCISCO MAYORGA DIAS E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.