



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.145.434 - RS (2017/0202219-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : RAFAEL ROSWAG MADEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VETOR CULPABILIDADE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MULTA. VALOR UNITÁRIO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR MAJORADO PELO TRIBUNAL **A QUO**. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. **SÚMULA 7/STJ**.

I - A elevação da pena com base na apreciação negativa da culpabilidade, nos moldes operados pelas instâncias ordinárias, não merece qualquer reparo, porquanto devidamente fundamentada.

II - Lado outro, o pedido formulado — verificar se o recorrente teria condições financeiras de arcar com a prestação pecuniária que lhe foi imposta — reclama incursão na seara fático-probatório, procedimento vedado pela **Súmula n. 7 desta Corte**, já que para se alcançar conclusão diversa daquela a que chegou o eg. Tribunal **a quo** acerca das condições econômicas do recorrente seria imprescindível reexaminar todo o acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com os propósitos atribuídos à via eleita.

Agravo regimental não provido.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.145.434 - RS (2017/0202219-0)

AGRAVANTE : RAFAEL ROSWAG MADEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por **RAFAEL ROSWAG MADEIRA**, contra a decisão de fls. 877-883, que conheceu do agravo para **conhecer em parte do recurso** especial e **negar-lhe provimento**, cuja ementa é a seguinte:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VETOR CULPABILIDADE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MULTA. VALOR UNITÁRIO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR MAJORADO PELO TRIBUNAL A QUO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRADO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO" (fl. 877).

O **juízo singular** condenou o agravante como incurso nas sanções do artigo 171, § 3º, do Código Penal, à pena de **2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, no regime inicial aberto, e 116 (cento e dezesseis) dias-multa**, operando-se, na ocasião, a substituição da pena privativa de liberdade por contraprestação pecuniária no valor de 15.000,00 (quinze mil reais) e prestação de serviços à comunidade (fls. 470-509).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelações, com vistas à reforma da sentença condenatória. No Tribunal de origem, o recurso da defesa foi parcialmente provido para redimensionar a pena do agravante ao patamar de **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 127 (cento e vinte e sete) dias-multa**; e o recurso da acusação foi parcialmente provido para reconhecer a agravante genérica inserta no artigo 61, II, alínea **g**, do Código Penal.

No **recurso especial**, interposto com fulcro na alínea **a** do permissivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional, a defesa alega ofensa aos artigos 45, § 1º, e 59, ambos do Código Penal, aos argumentos de que:

a) artigo 59, do CP: *"[o] juízo a quo entendeu por valorar negativamente a culpabilidade, como limite da pena, em razão da premeditação da organização criminosa do crime (...) [o]corre que toda empreitada criminosa tem uma ideia antecipadamente formulada e uma organização, com as quais espera o delinquente obter êxito em seu objetivo" (fls. 745-746).*

b) artigo 45, § 1º, do CP: *"não se informou o motivo pelo qual se chegou ao valor 15 salários mínimos para a pena de prestação pecuniária, patamar superior ao mínimo legal, que é de 1 salário mínimo, como também em nenhum momento se fez menção ao art. 59 do Código Penal (...) [p]ara se mostrar suficiente deverá a pena substitutiva ser mensurada na conformidade com a culpabilidade do agente, aferida através do art. 59 do Código Penal, bem como estar relacionada com a situação econômica do réu, visto que o seu inadimplemento poderá redundar na sua conversão em pena privativa de liberdade" (fl. 749).*

Nas **razões do presente agravo**, a defesa repisa os fundamentos do recurso especial e pugna, ao final, pela apresentação do recurso ao colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.145.434 - RS (2017/0202219-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : RAFAEL ROSWAG MADEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VETOR CULPABILIDADE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MULTA. VALOR UNITÁRIO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR MAJORADO PELO TRIBUNAL **A QUO**. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. **SÚMULA 7/STJ**.

I - A elevação da pena com base na apreciação negativa da culpabilidade, nos moldes operados pelas instâncias ordinárias, não merece qualquer reparo, porquanto devidamente fundamentada.

II - Lado outro, o pedido formulado — verificar se o recorrente teria condições financeiras de arcar com a prestação pecuniária que lhe foi imposta — reclama incursão na seara fático-probatório, procedimento vedado pela **Súmula n. 7 desta Corte**, já que para se alcançar conclusão diversa daquela a que chegou o eg. Tribunal **a quo** acerca das condições econômicas do recorrente seria imprescindível reexaminar todo o acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com os propósitos atribuídos à via eleita.

Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O presente agravo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

merece prosperar, devendo ser mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Busca o recorrente, em princípio, nas suas razões recursais, a redução da pena-base quanto ao delito previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

O Tribunal de origem, ao analisar a matéria, assim fez constar, **verbis**:

"4.3. Réu Rafael Roswag Madeira. A pena-base foi fixada em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, valorando-se negativamente as consequências do crime e a culpabilidade. Na segunda fase, não houve a incidência de agravante ou atenuante. Na última etapa, determinou-se o aumento de 1/3 pela incidência do artigo 171, § 3º, do CP, perfazendo a pena de 02 (dois) anos de reclusão. Com o aumento de 1/5 decorrente da continuidade delitiva, a pena corporal total foi fixada em 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 116 dias-multa. O regime inicial da pena fixado foi o aberto e a pena privativa de liberdade foi convertida em duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviço à comunidade pelo mesmo período e prestação pecuniária no valor de R\$ 15.000 (quinze mil reais).

A defesa requer a fixação da pena-base no mínimo legal e a redução ou afastamento da prestação pecuniária. O MPF requer o reconhecimento da agravante do artigo 61, II, 'g', do CP. Assim, analiso a dosimetria da pena.

a) pena-base. As consequências do crime só devem ser valoradas como negativas quando o prejuízo à autarquia for extremamente elevado. No caso, o prejuízo alcançou o montante de R\$ 26.763,80. Em que pese os prejuízos à autarquia, somadas todas as ações penais referentes à Operação Psicose, somem montantes muito maiores, a presente ação deve levar em conta apenas os fatos relatados na denúncia, motivo pelo qual considero o prejuízo normal à espécie, valorando as consequências do crime como neutras.

Mantenho a culpabilidade como vetorial negativa, visto que o crime foi cometido com premeditação e organização.

Assim, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão" (fl. 728 - grifei)

Vale destacar, também, o disposto na sentença condenatória sobre a primeira fase da dosimetria:

"RAFAEL MADEIRA: Reprovabilidade da conduta é exacerbada, visto que o cometimento do crime foi realizado mediante organização e premeditação, aproveitando-se de doença altamente incapacitante e de difícil diagnóstico para obter o reconhecimento da incapacidade em favor de terceiro" (fls. 501-502).

Pois bem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre este tema, é preciso ter presente que o 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).

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).

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.

A circunstância judicial da **culpabilidade** se define a partir da concepção de que o réu tem liberdade para agir, e poderia ter escolhido o respeito ao justo e assim não o fez.

A medida da culpabilidade está relacionada ao grau de censurabilidade da conduta a partir dos elementos concretos disponíveis no caso em apreço.

No caso destes autos, as instâncias ordinárias, ao valorarem esse vetor, discorreram: *"[r]eprovabilidade da conduta é exacerbada, visto que o cometimento do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime foi realizado mediante organização e premeditação, aproveitando-se de doença altamente incapacitante e de difícil diagnóstico para obter o reconhecimento da incapacidade em favor de terceiro" (fls. 501-502)

Destarte, a elevação da pena com base na apreciação negativa da culpabilidade, nos moldes operados pelas instâncias ordinárias, não merece qualquer reparo, porquanto devidamente fundamentada.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL JUSTIFICADA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

2. Ausente violação do art. 59 do Código Penal quando a pena-base é fixada acima do mínimo legal de forma fundamentada, como no caso concreto, em vista da culpabilidade e das circunstâncias do delito terem sido graves [...]

3. Considerando a gravidade concreta das condutas, pode-se elevar a pena-base na primeira fase da dosimetria, realizando o julgador a necessária individualização da pena, justificando o aumento de cada circunstância judicial acima de 1/6, como no presente caso.

[...]

5. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.535.170/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 3/5/2017 - grifei).

"HABEAS CORPUS [...] DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE [...] ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Não há ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Ordem concedida em parte [...]*" (HC n. 395.869/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/5/2017 - grifei).

Lado outro, no que tange à alegação de que *“não se informou o motivo pelo qual se chegou ao valor 15 salários mínimos para a pena de prestação pecuniária, patamar superior ao mínimo legal, que é de 1 salário mínimo, como também em nenhum momento se fez menção ao art. 59 do Código Penal”* (fl. 749), entendo que melhor sorte não assiste ao recorrente.

Para melhor delimitar a questão, reproduzo trecho do v. acórdão de apelação, no **punctum saliens**:

“f) redução da prestação pecuniária. Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, mantenho a conversão em duas penas restritivas de direito, conforme estipulado na sentença. Em relação à redução da pena pecuniária, não vislumbro motivos para reduzi-la, visto que a sentença fixou-a em patamar razoável e proporcional. Compulsando os autos, percebo que a situação financeira do réu é confortável e que há perfeita possibilidade do réu arcar com os valores pecuniários a que foi condenado a pagar. Mantenho os valores fixados em sentença” (fl. 729).

Todavia, o pedido formulado — verificar se o recorrente teria condições financeiras de arcar com a prestação pecuniária que lhe foi imposta — reclama incursão na seara fático-probatório, procedimento vedado pela **Súmula n. 7 desta Corte**, já que para se alcançar conclusão diversa daquela a que chegou o eg. Tribunal **a quo** acerca das condições econômicas do recorrente seria imprescindível reexaminar todo o acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com os propósitos atribuídos à via eleita.

Nesse toar:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MULTA. VALOR UNITÁRIO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR MAJORADO PELO TRIBUNAL A QUO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07 DO STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O exame da alegação referente ao suposto exagero nos valores fixados a título de dias-multa e de prestação pecuniária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demandaria a apreciação da situação econômico-financeira da acusada, o que é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça ('A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial').

2. A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. Agravo regimental não provido" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 517.017/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 9/11/2016, grifei).

Assim, deve ser mantida a decisão ora agravada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0202219-0

AgRg no
AREsp 1.145.434 /
RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50049193120114047204 50082176020134047204 50104531920124047204
SC-50082176020134047204

EM MESA

JULGADO: 12/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	: RAFAEL ROSWAG MADEIRA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU	: CRISTIAN NERI MARTINS
CORRÉU	: MARIA TEREZINHA DE OLIVEIRA BORGES
CORRÉU	: LUIZ CARLOS BORGES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato Majorado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: RAFAEL ROSWAG MADEIRA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.