



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 906.185 - RJ (2006/0216398-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : LUIZ DIAS MACHADO
ADVOGADO : JOSÉ MAURO COUTO DE ASSIS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CRIME COMUM. TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. ARTIGO 61, II, G, DO CP. INCIDÊNCIA. PENA DE MULTA. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. REVISÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 33, § 3º DO CP. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. O crime de corrupção ativa exige, tão somente, que a conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida seja dirigida a um funcionário público, com a finalidade de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. É um crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e, como tal, pode ser praticado por qualquer pessoa.

2. No caso em análise, o recorrente, embora ocupasse o cargo de auditor fiscal, apenas se aproveitou das facilidades que possuía para ter acesso ao superior hierárquico a quem ofereceu a vantagem indevida.

3. Quanto à tese de crime impossível, a Corte de origem concluiu, após analisar o acervo probatório dos autos, que o sujeito passivo secundário do crime detinha atribuições para indicar, em caráter excepcional, determinado auditor para realizar fiscalizações. A revisão desta conclusão demandaria o reexame de matéria fático-probatória, vedado em sede de recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. A individualização da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos artigos 68 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

5. No caso vertente, de acordo com as singularidades do caso e os vetores do artigo 59 do CP, fixou-se a pena-base muito acima do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, de forma desproporcional, motivo pelo qual impõe-se a redução da pena aplicada.

6. Incide a agravante genérica do artigo 61, II, g, do CP, pois o recorrente praticou a conduta ilícita com violação de dever inerente ao cargo público, sob o viés da moralidade e da probidade administrativa, e tal circunstância, além de não constituir elementar ou qualificadora do crime, denota a maior reprovabilidade da conduta.

7. A pena de multa deve ser fixada em duas etapas, a primeira, com vista a definir a quantidade de dias-multa - de acordo com as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal - e a, segunda, que objetiva arbitrar o valor de cada dia-multa, levando-se em consideração a capacidade econômica do réu.

8. A revisão da capacidade econômica do réu é incabível na sede do recurso especial, por demandar dilação probatória.

9. O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal. Inteligência do artigo 33, § 3º, do Código Penal. Precedentes.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, apenas para reduzir a pena-base e fixar a reprimenda final em 5 anos e 6 meses de reclusão, além de 160 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de agosto de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 906.185 - RJ (2006/0216398-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : LUIZ DIAS MACHADO

ADVOGADO : JOSÉ MAURO COUTO DE ASSIS E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

LUIZ DIAS MACHADO interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que negou provimento à Apelação Criminal n. 1997.51.01.114308-0.

Depreende-se dos autos que o recorrente, auditor fiscal do tesouro nacional, foi denunciado pela suposta prática do **crime de corrupção ativa** (artigo 333 do CP), pois, em 27.5.1997, teria comparecido ao gabinete do Superintendente Regional da Receita Federal da 7ª Região Fiscal e proposto a ele que fosse nomeado para a fiscalização de determinada empresa do ramo de construção civil, oferecendo, em troca, a importância equivalente a R\$ 1.200.000,00, a ser dividida entre os dois.

Em primeira instância, foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 210 dias-multa, ao valor unitário de dois salários mínimos. Também respondeu a processo administrativo, que culminou em sua demissão.

Irresignada com o édito condenatório, a defesa recorreu. A apelação criminal, contudo, não foi provida pela Corte de origem. O acórdão impugnado foi assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL – CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA – ARTIGO 333, DO CP – CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DE INDEFERIMENTO DE REINTERROGATÓRIO – INOCORRÊNCIA – FLAGRANTE PREPARADO – INEXISTÊNCIA – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS – POSSIBILIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PRATICAR CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA – DOSIMETRIA DA PENA – PENA-BASE APLICADA COM OBSERVÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59, DO CP – INTENSIDADE DO DOLO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CULPABILIDADE – INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NO ARTIGO 61, INCISO II, G, DO CP – INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS – CRITÉRIO BIFÁSICO DE FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA ESTABELECIDO CORRETAMENTE – INEXISTÊNCIA DE ATENUANTE INOMINADA

- Conforme preceitua o artigo 196, do Código de Processo Penal, a realização de um novo interrogatório constitui faculdade do magistrado, que avaliará a sua conveniência e necessidade. Sendo indeferido o pedido, por inexistência de fato novo e não havendo prejuízo para o réu, não há que se falar em cerceamento de defesa.

- Para que haja a configuração de flagrante preparado é necessário que o agente seja induzido à prática de um delito pela suposta vítima, por terceiro ou pela autoridade policial. No presente caso, o delito de corrupção ativa consumou-se no dia anterior à gravação da conversa em que o agente ativo reiterou o oferecimento da vantagem indevida ao funcionário público, sendo certo que não houve nenhum induzimento à prática desse delito.

- In casu, restou devidamente comprovado que o acusado propôs ao Superintendente da Receita Federal fiscalizar determinada empresa do ramo de construção civil em troca da importância equivalente a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), a ser dividida entre ambos. - O delito de corrupção ativa não constitui crime próprio. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito em comento, inclusive o funcionário público, não sendo exigida nenhuma condição pessoal especial do autor.

- A despeito de haver certa discricionariedade do magistrado na aferição das circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, deve fazê-lo objetivamente, respeitando o critério da proporcionalidade entre o aumento implementado e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis. No caso vertente, não houve qualquer desrespeito ao princípio da proporcionalidade. - Após a reforma de 1984, introduzida pela Lei 7209/84, há de se distinguir dolo de culpabilidade.

- O conceito de culpabilidade, como circunstância judicial prevista no artigo 59, do Código Penal, está relacionado com a reprovabilidade, censurabilidade da conduta do agente ativo, de forma que deve o magistrado, quando da aplicação da pena-base, dimensionar a culpabilidade pelo grau de intensidade da reprovação penal, expondo sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Por sua vez, o dolo constitui a vontade livre e consciente do agente ativo de realizar a conduta descrita no tipo penal. O dolo deixou de constituir uma das categorias da culpabilidade e passou a integrar o tipo penal, sendo um de seus elementos. Destarte, não cabe a análise do dolo quando da aplicação de pena, eis já ter sido analisado quando do exame da tipicidade. - No presente caso, houve exame pelo MM. Magistrado sentenciante da culpabilidade do acusado, sendo certo que não houve análise do dolo quando da aplicação da pena.
- Não sendo a qualidade de funcionário público elementar do tipo penal, não está correto afirmar que incidência da agravante genérica decorrente de violação de dever funcional (artigo 61, II, "g", do CP) constitua bis in idem.
- A punição administrativa de funcionário público não impede a verificação de eventuais ilícitos na esfera penal, nem, tampouco, a incidência de agravantes legais, tendo em vista o princípio da independência entre as instâncias.
- A fixação da pena de multa deve observar o critério bifásico. Na primeira fase, a fixação da quantidade de dias-multa, levando em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, e, na segunda fase, a fixação do valor do dia-multa, tendo como parâmetro a situação econômica do acusado. Critérios devidamente observados no caso em comento.
- O artigo 33, §3º, do CP, dispõe que a determinação do regime inicial do cumprimento da pena far-se-á de acordo com a observância das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. In casu, as circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis ao acusado, o que justifica a fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena.
- Poderá o magistrado atenuar a pena do condenado caso exista alguma circunstância relevante não especificada na lei (art. 66 do CP). Na questão em apreço, entretanto, não restou demonstrada nenhuma circunstância capaz de permitir um juízo atenuado da culpabilidade do acusado. (fl. 968/970)

Nesta Corte, o recorrente aponta:

a) a negativa de vigência dos artigos 381, III, do CPP e artigo 59, do Código Penal, em conjunto.

Argumenta, para tanto, que o acórdão impugnado aplicou a pena-base muito acima do mínimo legal, com fundamento em suposto prejuízo ao erário e na ambição desmedida do réu, somente para contornar a prescrição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assevera que a pena afliitiva deveria se aproximar do mínimo legal, até porque valorou aspecto subjetivo (ganância) não alegado pela acusação e inerente ao tipo penal, pois toda a corrupção está "bafejada pela ganância".

Ademais, a intensidade de dolo apenas diferencia o crime cometido por dolo direto daquele por dolo eventual, não devendo ser valorado para fins de fixação da pena-base.

b) a negativa de vigência do artigo 61, II, g, do Código Penal.

Neste ponto, defende a tese de que a agravante em comento não se aplica ao funcionário público que pratica crime de corrupção ativa valendo-se desta qualidade, pois, "se não fosse por sua condição de funcionário não poderia comprar (real ou putativamente) a função pública do seu superior" (fl. 987).

c) negativa de vigência do artigo 60 do Código Penal.

Considera, aqui, que a fixação da pena de multa não atendeu à sua situação econômica, que nada tem a ver com os critérios do artigo 59 do CP, pois, ao contrário do afirmado no aresto recorrido, é desesperadora. Foi forçado a morar nos Estados Unidos, onde conseguiu trabalho, o apartamento que mantém em Ipanema é o da moradia de sua família, vive espartanamente e não tem mínima condição de enfrentar a pena de multa que lhe foi imposta, ultrapassando cem mil reais.

d) negativa de vigência do artigo 33, § 2º do Código Penal.

Assere que o regime inicialmente fechado é totalmente desnecessário, pois é pessoa socialmente ajustada, sem periculosidade, não está impedido de entrar ou sair do país e sempre honrou todos os compromissos assumidos no distrito da culpa.

e) negativa de vigência do artigo 333 do Código Penal.

Argumenta que o funcionário público pode ser sujeito ativo do crime de corrupção ativa, desde que não aja sob tal qualidade. No caso, não agiu como particular, jamais se desligando de sua função pública. Sempre agiu "de forma imanente para com sua função pública e o ato de ofício, a ser praticado pelo outro funcionário, [...] visava, precipuamente, tornar possível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua imaginativa atividade fiscalizadora a ser exercida indevidamente" (fl. 992).

E, ademais, o superintendente regional não detinha atribuições para designar habitualmente as fiscalizações e, sobretudo, nomear fiscais.

Por tais motivos, requer a desconstituição do acórdão recorrido para **absolvê-lo**.

Contrarrazões às fls. 1034/1054. Admissibilidade às fls. 1056/1057.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial ou pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 1065/1072).

Autos atribuídos à minha relatoria em 9.9.2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 906.185 - RJ (2006/0216398-2)

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CRIME COMUM. TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. ARTIGO 61, II, G, DO CP. INCIDÊNCIA. PENA DE MULTA. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. REVISÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 33, § 3º DO CP. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. O crime de corrupção ativa exige, tão somente, que a conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida seja dirigida a um funcionário público, com a finalidade de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. É um crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e, como tal, pode ser praticado por qualquer pessoa.

2. No caso em análise, o recorrente, embora ocupasse o cargo de auditor fiscal, apenas se aproveitou das facilidades que possuía para ter acesso ao superior hierárquico a quem ofereceu a vantagem indevida.

3. Quanto à tese de crime impossível, a Corte de origem concluiu, após analisar o acervo probatório dos autos, que o sujeito passivo secundário do crime detinha atribuições para indicar, em caráter excepcional, determinado auditor para realizar fiscalizações. A revisão desta conclusão demandaria o reexame de matéria fático-probatória, vedado em sede de recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. A individualização da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos artigos 68 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

5. No caso vertente, de acordo com as singularidades do caso e os vetores do artigo 59 do CP, fixou-se a pena-base muito acima do mínimo legal, de forma desproporcional, motivo pelo qual impõe-se a redução da pena aplicada.

6. Incide a agravante genérica do artigo 61, II, g, do CP, pois o recorrente praticou a conduta ilícita com violação de dever inerente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao cargo público, sob o viés da moralidade e da probidade administrativa, e tal circunstância, além de não constituir elementar ou qualificadora do crime, denota a maior reprovabilidade da conduta.

7. A pena de multa deve ser fixada em duas etapas, a primeira, com vista a definir a quantidade de dias-multa - de acordo com as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal - e a, segunda, que objetiva arbitrar o valor de cada dia-multa, levando-se em consideração a capacidade econômica do réu.

8. A revisão da capacidade econômica do réu é incabível na sede do recurso especial, por demandar dilação probatória.

9. O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal. Inteligência do artigo 33, § 3º, do Código Penal. Precedentes.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, apenas para reduzir a pena-base e fixar a reprimenda final em 5 anos e 6 meses de reclusão, além de 160 dias-multa.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Negativa de vigência do artigo 333 do Código Penal.

Neste tópico o recorrente sustenta que o delito de corrupção ativa só pode ser praticado por funcionário público quando este age como particular, sem relação alguma com a função pública exercida. Aduz, também, que o crime seria impossível, pois o Superintendente da Receita Federal não detinha atribuições para nomear fiscais ou determinar fiscalizações.

O artigo apontado como violado dispõe:

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Quanto à alegação de que o delito de corrupção ativa não poderia ser cometido pelo recorrente, o acórdão recorrido assim decidiu:

O apelante sustenta que o delito previsto no artigo 333, do Código Penal, somente pode ser praticado por particulares, sendo sua conduta, portanto, atípica. Alega que pode ser sujeito ativo do crime em comento o funcionário público, desde que este ofereça vantagem indevida para que outro funcionário pratique determinada conduta que não guarde nenhuma relação com a função pública exercida pelo sujeito ativo, o que não teria ocorrido no caso sub judice.

Não merece prosperar referida alegação, tendo em vista que o delito de corrupção ativa não é crime próprio. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito em comento, inclusive funcionário público, não sendo exigida nenhuma condição especial. Para que haja a configuração do crime em análise, basta que qualquer pessoa ofereça ou prometa vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, conforme preceitua o artigo 333, do Código Penal.

Desta forma, não há que se falar que a conduta do acusado seria atípica, uma vez que a corrupção ativa constitui crime comum e, não, próprio (fl. 946).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na linha do que foi decidido, considero que o crime de corrupção ativa exige, tão somente, que a conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida seja dirigida a um funcionário público, com a finalidade de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. É um crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e, como tal, pode ser praticado por qualquer pessoa.

Não desconheço os comentários de segmentos da doutrina sobre o tema, no sentido de que o sujeito ativo do crime há de ser um *extraneus* e não o agente que age *ut officialis*.

Contudo, penso que a doutrina faz uma restrição que o tipo incriminador não apresenta, até porque indago: qual seria, então, o crime do funcionário público que, agindo como tal, oferece ou promete vantagem indevida a outro funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício?

Não fosse o bastante, no caso em análise, o recorrente não atuou propriamente no exercício das atribuições de auditor fiscal, ao oferecer a promessa indevida, mas apenas se aproveitou das facilidades funcionais que possuía para realizar o comportamento ilícito. A qualidade de funcionário público que ostentava foi puramente circunstancial, relevante para lhe oportunizar relações interpessoais e acesso ao superior hierárquico, a quem ofereceu a vantagem indevida. Vale dizer, porque detinha a função de auditor fiscal federal foi-lhe dado conhecer o Superintendente Regional da Receita Federal da 7ª Região Fiscal e ter acesso ao seu gabinete, para audiência pessoal.

Quanto à tese de crime impossível, a Corte de origem concluiu, após analisar o acervo probatório dos autos, que o sujeito passivo secundário do crime detinha atribuições para indicar, em caráter excepcional, determinado auditor para realizar fiscalizações.

Transcrevo trecho do acórdão recorrido, no ponto em que interessa ao deslinde da questão:

O Superintendente da Receita Federal, quando de seu depoimento em sede judicial, afirmou que pode, excepcionalmente, determinar fiscalização em determinada empresa. Ademais, ressaltou que pode indicar, também em caráter excepcional, determinado Auditor Fiscal do Tesouro Nacional para que realize fiscalização. Desta forma, resta evidente que não se trata



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de crime impossível, tendo em vista a possibilidade de o Superintendente realizar a atividade proposta pelo acusado.

Confiram-se as declarações do Superintendente (fls. 446/450):

"(...) que normalmente fica a cargo das Delegacias da Receita Federal realizar sua programação indicando quais empresas ou pessoas físicas serão fiscalizadas em determinado período; que apenas excepcionalmente pode o depoente determinar a fiscalização numa determinada empresa ou pessoa física, o que nos últimos quatro anos nos quais está à frente da Superintendência, só tem sido feito, e em poucos casos, quando tem alguma suspeita de infração tributária; que pode exemplificar com o recente caso do conhecido "Dr. Fritz", que a partir de notícias veiculadas na mídia o depoente determinou fosse feita a fiscalização; que num outro caso recente, o depoente determinou fosse feita a fiscalização na situação de um determinado profissional liberal, sendo que antes de aberta a ação fiscal, a delegacia concluiu em não fazê-lo (...)

(...) que apenas numa hipótese muito excepcional poderia aventar a possibilidade de indicar para o delegado, diante da possível complexidade que uma certa fiscalização poderia envolver, um ou outro AFTN, sabidamente de maior capacidade técnica; que durante os quatro anos em que está à frente da Superintendência nunca aconteceu nenhuma hipótese dessa; que dessa forma, estranha a proposta feita pelo acusado, que pressupõe ou um total desconhecimento das regras vigentes em toda a Receita Federal ou ainda outros fins inconfessáveis (...)"

Ademais, cumpre ressaltar que a Delegacia em que trabalhava o acusado tinha competência para determinar a fiscalização, uma vez que o local da sede da empresa de construção civil que o acusado almejava fiscalizar - bairro de Botafogo, no Rio de Janeiro - encontrava-se dentro dos limites territoriais de sua competência. (fl. 955)

O afastamento de tal conclusão, na hipótese, demandaria o reexame de matéria probatória, esbarrando a pretensão recursal no óbice da Súmula 7/STJ.

II. Negativa de vigência dos artigos 381, III, do CPP e artigo 59, do Código Penal.

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos artigos 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à reprovação do delito perpetrado.

Assim, para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto, devendo, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no *caput* do artigo 59 do Código Penal. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima.

Cito, por oportuno, o pertinente precedente do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS – PECULATO DESVIO – PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA – LEGITIMIDADE DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL – PEDIDO INDEFERIDO. - Se é certo, de um lado, que nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena base em seu grau mínimo, não é menos exato, de outro, que não se mostra lícito, ao magistrado sentenciante, proceder a uma especial exacerbação da pena base, exceto se o fizer em ato decisório adequadamente motivado, que satisfaça, de modo pleno, a exigência de fundamentação substancial evidenciadora da necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal de máxima punição e o interesse individual de mínima expiação, tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz. Doutrina. Precedentes. - A concretização da sanção penal, pelo Estado-Juiz, impõe que este, sempre, respeite o itinerário lógico-racional, necessariamente fundado em base empírica idônea, indicado pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob pena de o magistrado – que não observar os parâmetros estipulados em tais preceitos legais – incidir em comportamento manifestamente arbitrário, e, por se colocar à margem da lei, apresentar-se totalmente desautorizado pelo modelo jurídico que rege, em nosso sistema de direito positivo, a aplicação legítima da resposta penal do Estado. - A condenação penal há de refletir a absoluta coerência lógico-jurídica que deve existir entre a motivação e a parte dispositiva da decisão, eis que a análise desses elementos - que necessariamente compõem a estrutura formal da sentença -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permitirá concluir, em cada caso ocorrente, se a sua fundamentação ajusta-se, ou não, de maneira harmoniosa, à base empírica que lhe deu suporte. - A aplicação da pena, em face do sistema normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado.

(HC 105677, Relator Ministro **Celso de Mello**, 2T, Dje de 21.6.2011)

Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, "inexistindo desproporcionalidade ou tampouco falta de fundamentação no aumento da pena-base, é vedado o reexame em recurso especial dos detalhes que circundaram a ação delituosa dos Recorrentes, pormenorizadamente analisados pelas instâncias ordinárias, por demandar incursão na seara fático-probatória dos autos, que é vedada pela Súmula n.º 07 desta Corte Superior" (REsp 1307166/SP, Rel. **Ministra Laurita Vaz**, 5T, DJe de 6..9/2013).

Assim, a revisão do critério de fixação das penas é inviável no recurso especial naquelas hipóteses em que for necessário o reexame fático e probatório dos autos. Contudo, é ela permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta, evidente ilegalidade ou desproporcionalidade na fixação da pena.

No caso, consoante transcrito no acórdão recorrido, o juiz sentenciante assim fundamentou a fixação da pena-base:

Embora seja o réu primário, a sua culpabilidade mostrou-se acentuada na medida em que, possuindo instrução superior e auferindo rendimentos de auditor fiscal do tesouro nacional, razoáveis se comparados aos rendimentos da maioria da população brasileira, sua motivação para o crime evidentemente foi a ganância. A possibilidade de dividir com aquele que pretendeu corromper a vultosa quantia de um milhão e duzentos mil reais subiu-lhe à cabeça, a ponto de expor-se a ofertá-la ao Superintendente da Receita Federal desta Região Fiscal, autoridade máxima na hierarquia. Assim, as circunstâncias em que praticado o crime revelam a grande intensidade do dolo do agente, que estava determinado a causar graves danos ao erário público exclusivamente para auferir o benefício financeiro ilícito. Saliento que o valor da propina era de um milhão e duzentos mil



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reais, ínfimo percentual do valor efetivamente devido pela empresa (R\$ 144.449.658,90, cf. fls. 447) e que seria sonegado, ao menos em parte, causando ao erário público um prejuízo de enorme monta.

Deste modo, tenho que as circunstâncias do artigo 59 do CP são muito desfavoráveis ao agente e exigem a fixação da pena-base bem acima do mínimo legal, razão por que fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão (fl. 956).

O Tribunal de origem, por sua vez, corroborou a aplicação da pena pelos seguintes fundamentos:

É certo que, a despeito de haver certa discricionariedade do magistrado na aferição das circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, deve fazê-lo objetivamente, respeitando o critério da proporcionalidade entre o aumento implementado e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

No caso vertente, não houve qualquer desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Considerando que o prejuízo ao erário público, caso tivesse sido aceita a proposta pelo Superintendente da Receita Federal, seria de mais de 140 (cento e quarenta) milhões de reais e que o motivo do crime era, evidentemente, a ambição desmedida, tendo em vista que o acusado possuía instrução superior e auferia rendimentos razoáveis se comparados com os rendimentos da maioria da população brasileira, está justificada a fixação da pena-base muito acima do mínimo legal. Não restam dúvidas de que as circunstâncias do caso concreto são amplamente desfavoráveis ao acusado.

Corroborando esse entendimento, confira-se um trecho do artigo "A análise da personalidade do réu na aplicação da pena", de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

*"(...) são exemplos de elementos da personalidade, que se pode buscar na análise do modo de ser do autor da infração penal: a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência; (...) b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, **ambição desenfreada**, (...). Porém, ao cometer um crime, especialmente se a característica negativa de sua personalidade for o móvel propulsor - como a inveja incontável ou o desejo de praticar maldade -, deve ser levada em conta para o estabelecimento da pena. "*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, cabe salientar que, para a exasperação da pena-base, é necessário que o magistrado apresente fundamentação suficiente, demonstrando que as circunstâncias ensejam uma maior reprovabilidade da conduta do acusado. **No presente caso, o MM. Magistrado sentenciante fundamentou corretamente a exasperação da pena base, conforme se depreende da leitura do dispositivo da r. sentença recorrida.**

Sobre a discricionariedade do magistrado ao aplicar a pena-base e a necessária fundamentação, confira-se a jurisprudência:

[...]

O apelante sustenta que a intensidade do dolo não é elemento da culpabilidade e, por isso, não teria sentido a pena-base tê-la utilizada como parâmetro.

Como bem ressaltou o Ministério Público Federal, em memoriais (fls. 833/842), a defesa do acusado procura confundir os conceitos de culpabilidade e intensidade de dolo, afirmando que a pena-base teve por parâmetro esta última.

O conceito de culpabilidade, como circunstância judicial prevista no artigo 59, do Código Penal, está relacionado com a reprovabilidade, censurabilidade da conduta do agente ativo, de forma que deve o magistrado, quando da aplicação da pena-base, dimensionar a culpabilidade pelo grau de intensidade da reprovação penal, expondo sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento.

O magistrado, na valoração da culpabilidade, deve dar especial atenção à verificação do maior ou menor grau de exigibilidade de outra conduta por parte do acusado e do conhecimento da ilicitude de sua conduta, considerando, neste tocante, as circunstâncias fáticas que para ele se apresentavam no momento da ação.

Por outro lado, o dolo constitui a vontade livre e consciente do agente ativo de realizar a conduta descrita no tipo penal. Pode ser direto, quando o agente deseja praticar a conduta descrita no tipo penal, ou eventual, quando o agente apenas assume o risco de produzir o resultado. Ressalte-se que o dolo integra o tipo penal, sendo um de seus elementos, de forma que não cabe sua análise quando da aplicação de pena.

Conforme se depreende da leitura da fundamentação da pena-base, percebe-se que **houve um exame pelo MM. Magistrado sentenciante da culpabilidade do acusado, afirmando, inclusive, que a culpabilidade do acusado, na questão em apreço, mostrou-se acentuada.** É importante ressaltar que **o MM. Magistrado sentenciante expôs os fundamentos que lhe**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

formaram o convencimento acerca da culpabilidade acentuada do acusado, conforme excerto da sentença transcrita no item anterior (VI, a).

*Sobre a culpabilidade, analisada sob o aspecto de circunstância judicial, e a intensidade do dolo, orienta-se a jurisprudência:
[...]*

A transcrição se faz necessária para demonstrar que, sem olvidar do amplo efeito devolutivo da apelação, **a Corte não alterou a fundamentação contida na sentença de primeiro grau para a elevação da pena-base**; apenas expôs as razões de seu convencimento acerca da correta fixação da pena pelo juiz de piso. **Não houve, portanto, acréscimo de motivação própria e nem situação mais gravosa aos interesses da defesa.**

Com efeito, vê-se do quadro abaixo que o Tribunal de origem corroborou os mesmos elementos utilizados pelo juiz de primeiro grau, em nada alterando a dosimetria efetuada:

sentença	acórdão
culpabilidade mostrou-se acentuada na medida em que, possuindo instrução superior e auferindo rendimentos de auditor fiscal do tesouro nacional, razoáveis se comparados aos rendimentos da maioria da população brasileira, sua motivação para o crime evidentemente foi a ganância a ponto de expor-se a ofertá-la ao Superintendente da Receita Federal desta Região Fiscal, autoridade máxima na hierarquia	a culpabilidade do acusado, na questão em apreço, mostrou-se acentuada o motivo do crime era, evidentemente, a ambição desmedida acusado possuía instrução superior e auferia rendimentos razoáveis se comparados com os rendimentos da maioria da população brasileira o MM. Magistrado sentenciante fundamentou corretamente a exasperação da pena base, conforme se depreende da leitura do dispositivo da r. sentença recorrida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias em que praticado o crime revelam a grande intensidade do dolo do agente, que estava determinado a causar graves danos ao erário público exclusivamente para auferir o benefício financeiro ilícito.	prejuízo ao erário público , caso tivesse sido aceita a proposta pelo Superintendente da Receita Federal, seria de mais de 140 (cento e quarenta) milhões de reais
---	---

Nesta Corte, o recorrente alega que a pena-base foi fixada muito acima do mínimo legal, levando-se em conta o suposto prejuízo ao erário, a ambição desmedida do réu, sua ganância e a intensidade do dolo. Sem embargo, essas expressões não podem ser analisadas fora do contexto em que foram reproduzidas.

Deveras, da leitura atenta do acórdão impugnado extrai-se que a elevação da pena na primeira fase da dosimetria foi resultado da compreensão cuidadosa do julgador sobre todos os vetores do artigo 59 do Código Penal, **analisados de forma global**.

Ainda que a melhor técnica recomendasse que as circunstâncias judiciais fossem analisadas de forma individual, em uma redação objetiva e analítica, pode-se concluir que o acórdão impugnado valorou de forma desfavorável as circunstâncias que serão abaixo analisadas.

Considerou a **culpabilidade acentuada**, destacando o fato de o recorrente ser **pessoa com "instrução superior"** e auferir **"rendimentos razoáveis, se comparados com os rendimentos da maioria da população brasileira"**, para evidenciar a maior reprovabilidade da conduta delituosa praticada. Ainda que de difícil aproveitamento a referência à "instrução superior", o **outro fator - rendimentos razoáveis se comparados com os rendimentos da população brasileira - é plenamente capaz de conferir maior reprovabilidade** à conduta analisada.

Destaco que o prejuízo ao erário público – que, diga-se de passagem, não ocorreu – também foi utilizado pela instância ordinária como fundamento para revelar a "intensidade do dolo". Apesar da culpabilidade normativa não autorizar a exasperação da pena-base, o julgado impugnado destacou, em **fundamento autônomo, o maior grau de reprovabilidade da conduta do recorrente**, motivo pelo qual a valoração negativa da culpabilidade, sob o viés da censurabilidade da conduta, deve ser mantida.

Com efeito, a culpabilidade também foi utilizada como censurabilidade da conduta, cujo grau de reprovabilidade foi medido diante dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos concretos disponíveis na apreciação do caso. Cuidou a Corte de origem, portanto, de demonstrar um *plus* de reprovação social da conduta do recorrente, a qual foi corretamente sopesada na primeira fase da dosimetria da pena, como manda o art. 59 do Código Penal.

Esta Sexta Turma, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.352.043/SP, quanto à valoração negativa da culpabilidade, entendeu que:

9. *A culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elementar do tipo penal, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade, que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada.*

10. *O maior grau de reprovabilidade da conduta está fundamentadamente explicitado na vasta experiência do recorrente como administrador público, evidenciada pelos diversos cargos ocupados nos Poderes Executivo e Legislativo, a demonstrar que possuía ele maior ciência das possíveis consequências que poderiam advir dos atos de gestão temerária por ele praticados, e que acabaram por efetivamente ocorrer.*

11. *Embora a gestão temerária seja crime próprio, a qualidade exigida do sujeito ativo é a de que seja administrador, diretor ou gerente de instituição financeira. Trata-se de condição objetiva, consistente na função ou cargo exercidos pelo agente, não se confundindo com o preparo ou o grau de conhecimento técnico que este possui.*

12. *O fato de o agente possuir preparo técnico e conhecimento do mercado financeiro é válido para justificar a negativação da circunstância judicial referente à culpabilidade, pois demonstra um maior grau de censurabilidade da conduta praticada.*

13. *O prejuízo acarretado à instituição financeira pública decorrente dos atos de gestão temerária, que, no caso concreto, foi de aproximadamente meio bilhão de dólares e contribuiu para a decretação da intervenção na instituição financeira, é apto para justificar a negativação das consequências do crime.*

(...)

(REsp n. 1.352.043/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6T, DJe 28.22.2013) - Destaquei.

A motivação para o crime de corrupção ativa também mostrou-se desfavorável, pois, consoante a premissa fática delimitada no acórdão impugnado, e que não pode ser afastada nesta via ante o óbice da Súmula 7/STJ, foi "**a ambição desmedida**", o desejo do recorrente de criar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma situação que lhe proporcionasse o recebimento de propina de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) de empresa que viria a fiscalizar, mesmo sabendo que contribuiria para a sonegação de tributos do erário em montante superior a R\$ 140.000.000 (cento e quarenta milhões de reais).

Tais elementos evidenciam a maior reprovabilidade das razões determinantes que levaram o recorrente a cometer a corrupção ativa. Por certo, também **não são inerentes ao tipo penal**. O corruptor pode buscar favorecer terceiros, acelerar ato de ofício para desembaraçar uma atividade lícita etc. Pode até mesmo agir impelido por motivação altruística, como por exemplo, propiciar que outra pessoa consiga um benefício ou um leito em hospital público. Assim, também considero justificada a elevação da pena quanto à vetorial dos **motivos do crime**.

Finalmente, a oferta de vantagem indevida à autoridade hierárquica máxima acarretou o aumento da pena-base quanto à vetorial **circunstâncias do crime**, pois é um elemento accidental que não participa da estrutura do crime e por certo, denota a maior gravidade da conduta, em virtude da própria **audácia do recorrente, ao tentar corromper o Superintendente da Receita Federal da 7ª Região, funcionário graduado de carreira responsável por velar pela probidade fiscal**.

Entendo, pelas razões expostas, que os argumentos apontados pela Corte de origem justificaram a majoração da pena-base quanto às vetoriais da **culpabilidade, motivos e circunstâncias do crime**.

Entretanto, concordo ter havido certa **desproporcionalidade no aumento da pena-base**, pois, diante da exarcebada censurabilidade do ato (culpabilidade), de elemento accidental grave (tentativa audaz de corromper a autoridade máxima da hierarquia) e de motivos desfavoráveis para a prática do crime, parece-me demasiado rigorosa a fixação da pena-base em 5 anos de reclusão, considerando a pena abstrata do tipo penal em comento, descrita no artigo 333 do CP.

Por certo, a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, pois o Código Penal não estabeleceu critérios matemáticos objetivos para a sua fixação. Contudo, o princípio da proporcionalidade significa que o Estado não pode agir imoderadamente, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus escopos.

Assim, dentro de um critério subjetivo de razoabilidade e atento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para as singularidades do caso, bem como aos vetores do artigo 59 do CP, **vislumbro caracterizada a negativa de vigência ora apontada**, o que me leva a acolher o recurso especial e a diminuir a pena-base para **3 anos e 6 meses de reclusão**, suficiente para a prevenção e reprovação do delito perpetrado.

Passo à readequação da pena final do recorrente.

Na segunda fase de fixação da pena, mantenho, pelos motivos explicitados no tópico III deste voto, o aumento da pena-se no *quantum* fixado pelo juiz de 1º grau, passando-a para 5 anos e 6 meses de reclusão. Na última fase da dosimetria não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição, razão pela qual **torno definitiva a pena do recorrente em 5 anos e 6 meses de reclusão**.

Pena de multa.

Apesar de não ser admitida a revisão da capacidade econômica do réu em sede de recurso especial – como se verá a seguir –, a pena de multa **orienta-se pelo critério de proporcionalidade com a pena reclusiva**. Assim, alterada a pena privativa de liberdade, a pena pecuniária também deve ser redefinida, como consequência lógica. Por tais motivos, reduzo a pena de multa para **160 dias-multa**, mantido o valor de cada dia-multa fixado pelas instâncias ordinárias.

III. Negativa de vigência do artigo 61, II, g, do Código Penal.

O artigo federal apontado dispõe:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

Neste ponto, o acórdão recorrido assim fundamentou a manutenção da agravante:

Não assiste razão ao apelante, uma vez que o delito de corrupção ativa pode ser cometido por qualquer pessoa, por ser crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comum e não próprio, conforme explicitado anteriormente. Desta forma, não sendo a qualidade de funcionário público elementar do tipo penal, não está correto afirmar que incidência da agravante genérica decorrente de violação de dever funcional constituiria bis in idem.

Não merece prosperar, outrossim, a alegação da defesa de que o acusado teria sido punido mais de uma vez pelo mesmo fato, uma vez que também teria sido punido na seara administrativa, com a demissão. A punição administrativa de funcionário público não impede a verificação de eventuais ilícitos na esfera penal, nem, tampouco, a incidência de agravantes, tendo em vista o princípio da independência entre as instâncias.

[...]

Ressalte-se que o MM. Magistrado sentenciante, ao contrário do que alega a defesa, não levou em consideração a qualidade de funcionário público para fixar a pena-base acima do mínimo legal, sendo certa a não ocorrência de bis in idem.

Também não merece prosperar a alegação da defesa de não ter sido a agravante genérica suscitada na denúncia, tendo em vista que o acusado defende-se dos fatos a ele imputados, e não da capitulação jurídica. Ademais, saliente-se que não se faz necessário o requerimento de aplicação de agravante genérica na denúncia pelo Ministério Público, uma vez que referida agravante possui aplicação obrigatória (fls. 961/962).

O recorrente, no recurso especial, defende a tese de que a agravante em comento não se aplica ao funcionário público que pratica crime de corrupção ativa valendo-se desta qualidade, pois, "se não fosse por sua condição de funcionário não poderia comprar (real ou putativamente) a função pública do seu superior" (fl. 987).

A meu juízo, consoante já externei, o recorrente não praticou o crime no exercício de suas atribuições, mas, sim, valendo-se das facilidades que o cargo lhe proporcionou.

Assim, na linha do que foi decidido pelo Tribunal de origem, cometeu o crime com violação de dever inerente ao cargo público, sob o viés da moralidade e da probidade inerentes à função, tanto que foi demitido em processo administrativo (fl. 764), e tal elemento objetivo que, eventualmente, fez parte da conduta delitiva, além de não constituir elementar ou qualificadora do crime, denota a maior reprovabilidade da conduta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas palavras de **Julio Fabbrini Mirabete** "há nessas hipóteses um desvio por parte de quem está obrigado a um respeito maior à lei e que transgride o ordenamento jurídico referente a suas atividade para a prática do delito" (Manual de Direito Penal, Parte Geral - art. 1º a 120 do CP. 17ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2001).

Destaco, por fim, a independência do processo administrativo e penal e que, a teor do artigo 385 do CPP, o julgador, ao proferir sentença condenatória, poderá reconhecer agravantes genéricas, ainda que não contidas na capitulação da denúncia. Mais a mais, na hipótese, a violação de dever inerente a cargo aparece implicitamente na exordial acusatória, podendo ser inferida da própria narrativa dos fatos.

IV. Negativa de vigência do artigo 60 do Código Penal.

De forma correlata, o recorrente também alega violação ao critério de fixação da pena de multa. O artigo 60 do CP dispõe:

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

Nesse ponto, o recorrente considera que a fixação da pena de multa não atendeu à sua situação econômica, que alega ser desesperadora. Afirma que, ao contrário da conclusão do aresto, foi forçado a morar nos Estados Unidos, único lugar em que conseguiu trabalho. Ademais o apartamento que mantém em Ipanema é o da moradia de sua família, pois vive espartanamente e não tem a mínima condição de pagar a pena de multa, que ultrapassa cem mil reais.

A jurisprudência desta Corte, da qual destaco trecho de aresto relatado pelo Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, sintetiza bem a questão ao dispor que "a aplicação da pena de multa orienta-se pelo critério de proporcionalidade com a pena reclusiva, tendo o seu valor definido observando-se duas etapas distintas, quais sejam, a fixação da quantidade de dias-multa, com base nas circunstâncias do art. 59, do Código Penal, **e o valor atribuído a cada qual, de acordo com a capacidade econômica do réu**"(HC 224.881/MS, 5t, DJe de 24.5.2012).

E, em que pese o inconformismo do recorrente, a revisão de sua capacidade econômica é incabível na sede do recurso especial, por demandar dilação probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Neste sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AOS ARTS. 49, CAPUT, E § 1º, E 60, AMBOS DO CP.

PENA DE MULTA. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da remansosa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, "reavaliar a fixação da pena de multa implicaria no inevitável reexame do conjunto fático probatório dos autos, que se faria necessário para a apuração da situação econômica do réu.

Incidência da súmula n.º 07/STJ". (REsp 781.007/PR, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 11/09/2006).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 352.502/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, Dje de 15.8.2013)

V. Negativa de vigência do artigo 33, § 2º do Código Penal.

O artigo 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal estabelece:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

[...]

3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

É pacificado nesta Corte o entendimento de que, na escolha do regime inicial, deverá haver uma análise conjunta entre a **primariedade do condenado**, a **quantidade da pena aplicada** e as **circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal. Neste sentido é a jurisprudência pacífica desta Sexta Turma, consoante retratam os precedentes abaixo:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME FECHADO. VERBETE N. 83 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- É pacífico, nas Cortes Superiores, "o entendimento de que reconhecido elemento judicial tido como negativo, capaz de elevar a pena-base além do mínimo legal, (art. 59 do CP), revela-se motivação capaz de estipular o regime inicial fechado (art. 33, § 3º, do CP)" (RHC 34.887/PE, Rel. Min. Campos Marques - Desembargador convocado do TJ/PR -, Quinta Turma, DJe 27.2.2013).

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 469.575/ES, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 6T, DJe de 16.5.2014)

[...]

3. É pacífico, nas Cortes Superiores, "o entendimento de que reconhecido elemento judicial tido como negativo, capaz de elevar a pena-base além do mínimo legal, (art. 59 do CP), revela-se motivação capaz de estipular o regime inicial fechado (art. 33, § 3º, do CP)".

(RHC 34.887/PE, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe 27/02/2013).

(AgRg no AREsp 469.669/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe de 14.4.2014)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. TENTATIVA. ALMEJADO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. MAJORANTE CONFIGURADA. MODO FECHADO. DESFAVORABILIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSIÇÃO DA FORMA MAIS GRAVOSA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

3. Não obstante a primariedade do paciente e a fixação da reprimenda em patamar inferior a 8 anos de reclusão, verifica-se que a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da sanção reclusiva se encontra devidamente justificada, com base na especificidade do caso sub examine, haja vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais - o paciente provocou a colisão do veículo enquanto mantinha a vítima sob seu poder, atingindo patrimônio de terceiro -, o que motivou, inclusive, a pena-base acima do mínimo legal, razão pela qual não há constrangimento ilegal algum a ser sanado pela via eleita.

4. Ordem denegada.

(HC 157.187/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6T, Dje de 5.9.2012)

No caso dos autos, o recorrente, apesar de **não reincidente e condenado à pena de 6 anos de reclusão**, teve a **pena-base fixada acima do mínimo legal**, em razão do **desfavorecimento das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP**. Adequada, pois, segundo a expressa previsão do artigo 33, § 3º, do Código Penal, e a jurisprudência pacífica desta Corte, a fixação do regime inicial fechado.

À vista do exposto, conheço parcialmente o recurso especial e, nesta parte, **dou parcial provimento ao pedido**, somente para diminuir a pena-base fixada, readequando a pena definitiva do recorrente para **5 anos e 6 meses de reclusão e 160 dias-multa**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2006/0216398-2

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 906.185 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 199751011143080

PAUTA: 18/06/2014

JULGADO: 07/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ DIAS MACHADO

ADVOGADO : JOSÉ MAURO COUTO DE ASSIS E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Corrupção ativa

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, conheceu parcialmente do recurso e, nesta extensão, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.