



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 349.871 - MG
(2013/0181973-5)**

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSÉ DE JESUS RIZZO
ADVOGADO : GERALDO LUIZ SCALIA GOMIDE E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, § 1º, C/C O ART. 71 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E MOTIVOS. FUNDAMENTAÇÃO. INIDONEIDADE JURÍDICA. VERIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AFASTAMENTO.

1. É possível a esta Corte, em recurso especial, aferir a idoneidade jurídica dos fundamentos utilizados na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Trata-se de controle de legalidade, cujo exercício prescinde do reexame de matéria fática, uma vez que se restringe à análise do teor do acórdão recorrido. Ausência de ofensa à Súmula 7/STJ.

2. Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, tem-se como indispensável a sua fundamentação com base em dados concretos.

3. Não cabe, em recurso especial, verificar se a fundamentação lançada, em seu aspecto fático, é coerente com o acervo probatório dos autos ou, via de regra, quando presente uma fundamentação juridicamente idônea, se seria ela adequada à fração de diminuição pela qual optou o julgador, dentro de sua discricionariedade vinculada, situação diversa da que ocorreu na decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de maio de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 349.871 - MG
(2013/0181973-5)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão monocrática de fls. 1.079/1.085, de minha lavra, que conheceu do agravo e deu provimento ao recurso especial, declarando extinta a punibilidade do agravante, pela prescrição da pretensão punitiva.

A decisão foi assim resumida (fl. 1.079):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, § 1º, C/C O ART. 71 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E MOTIVOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. LAPSO CONSUMADO.

Agravo conhecido e recurso especial provido, nos termos da fundamentação. Declarada extinta a punibilidade do agravante, pela prescrição da pretensão punitiva.

Nas razões do regimental, defende o Ministério Público Federal, em suma, que *a fixação da pena-base realizada pelas instâncias ordinárias não merece qualquer reforma, pois seguiu-se a diretriz do art. 59 do Codex Penal, revelando-se o quantum aplicado necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime* (fl. 1.095), e que, *para rever o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias acerca da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ* (fl. 1.096).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pugna, então, pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão do presente agravo regimental ao Colegiado, para que seja provido, no sentido de negar provimento ao agravo em recurso especial (fl. 1.098).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 349.871 - MG
(2013/0181973-5)

VOTO

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

agravo regimental não merece provimento.

Relativamente à questão impugnada no presente agravo, disse na decisão combatida que (fls. 1.081/1.084):

[...]

Busca o recorrente a redução da pena-base, com o reconhecimento da extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

Na fixação das penas, o Juízo sentenciante teceu as seguintes considerações (fl. 861):

[...] Para o delito previsto no art. 168-A, § 1º, inc. I, do CP, observo que o réu apresenta antecedentes desabonadores, pois responde por fatos semelhantes, em processos criminais que tramitam nesta Subseção Judiciária. Embora tecnicamente primário, foi condenado a 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa no processo no 2004.38.03.003783-4, cuja sentença ainda não transitou em julgado, consoante consulta ao sistema processual informatizado, que ora determino a juntada. Sua conduta social tem se mostrado refratária ao cumprimento das leis, principalmente as de natureza penal, diante de reiteradas incursões no mundo da sonegação, segundo consta dos extratos de movimentações processuais que ora determino a juntada (processos-crime nºs 2005.38.03.003555-3, 2007.38.03.003036-0, 2004.38.03.010060, 2005.38.03.006862-3 e 2006.38.03.001848-9)C. **A sua culpabilidade é exacerbada, pois possui formação profissional de 3º grau e, portanto, plena consciência das conseqüências de seus atos. Agiu de forma livre e consciente, sendo-lhe exigível conduta diversa na hipótese. Movido pelo lucro fácil. Conscientemente, deixou de repassar aos cofres públicos as contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados, sabedor dos reflexos de sua conduta.**

Diante dessas circunstâncias judiciais, fixo ao réu a pena-base de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes. Aumento-a em 1/6 diante do crime continuado (art. 71 do CP), tornando-a definitiva em 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão. Condeno-o ainda no pagamento de multa, que diante das circunstâncias judiciais acima, fixo em 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de um salário mínimo, vigente à época dos fatos, cada dia-multa, observando a situação econômica do réu, devendo ser atualizado até a data do pagamento. Tendo em vista o quantum da pena aplicada, fixo o regime inicial de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP, no semiaberto. [...]

O Tribunal *a quo* extinguiu a punibilidade pela prática dos delitos do art. 299 do Código Penal e afastou as circunstâncias referentes aos antecedentes à conduta social, diminuindo a pena do art. 168-A, § 1º, c/c o art. 71 do Código Penal para 2 anos e 11 meses de reclusão e 28 dias-multa; veja-se (fl. 998):

[...] Inicialmente, registro que inquéritos e processos judiciais em curso não servem para valorar negativamente a conduta social ou a personalidade do agente, consoante o teor da Súmula n. 444 do STJ: *“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”*.

Nesse diapasão, os antecedentes e a conduta social foram considerados de modo equivocado, pois com base em processos judiciais ainda em curso.

Diante disso, entendo que a pena-base deve ser diminuída para 02 anos e 06 meses de reclusão e 24 dias-multa. Em razão do crime continuado (art. 71 do CP), aumento-a em 1/6, tornando-a definitiva em 02 anos e 11 meses de reclusão e 28 dias-multa, à razão de 1/2 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Haja vista a presença dos requisitos do art. 44 do Código Penal e levando em conta o prejuízo causado aos cofres públicos, no valor total de R\$ 20.258,58, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária, no valor de R\$ 10.000,00, e em uma multa, na quantia de R\$ 10.000,00, a serem recolhidas para instituições definidas pelo Juízo da Execução.

Fixo o regime inicial de cumprimento da pena, nos termos do art. 33 do CP, no aberto.

6. Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso**, para extinguir a punibilidade do réu pela prática dos delitos art. 299 do Código Penal, pela prescrição da pena em concreto, bem como para diminuir a pena do delito do art. 168-A, § 1º, c/c o art. 71, do Código Penal, **de** 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e 250 dias-multa, **para** em 02 anos e 11 meses de reclusão e 28 dias-multa, à razão de 1/2 do salário mínimo vigente à época dos fatos, e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Pela leitura do acórdão recorrido, infere-se que o Colegiado, apesar de afastar o fundamento utilizado para negatar as circunstâncias judiciais referentes aos antecedentes e à conduta social, fixou a pena-base 6 meses acima do mínimo legal, sem, contudo, apresentar motivação para tanto. Deduz-se que manteve a avaliação negativa das demais circunstâncias judiciais elencadas na sentença – culpabilidade e motivos do crime.

Ocorre que, como é cediço, *a pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação* (HC n. 61.007/PA, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 7/3/2014).

Na espécie, o Juízo singular se valeu de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base, especialmente para valorar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negativamente a culpabilidade.

Entendo que a simples afirmação de que a culpabilidade é desfavorável ao réu, pois este, por ter formação profissional de 3º grau, tinha consciência da ilicitude, não justifica, por si só, a valoração negativa dessa circunstância, motivo pelo qual não pode ser sopesada, pois não aponta para maior reprovabilidade da conduta, visto que é inerente ao cometimento de qualquer tipo penal.

Mostra-se igualmente incorreta a valoração do motivo do crime: a busca pelo lucro fácil, pois comum aos delitos contra o patrimônio, já levada em consideração pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato (HC n. 166.673/PR, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/9/2013).

Assim, entendo que deve ser excluída da dosimetria a valoração negativa das referidas circunstâncias.

Passo ao redimensionamento da pena.

É possível a esta Corte, em recurso especial, aferir a idoneidade jurídica dos fundamentos utilizados na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Ora, é cediço que, embora a fixação da pena-base esteja dentro do critério da discricionariedade vinculada do magistrado, isso não afasta a possibilidade da verificação por esta Corte Superior da adequação da fundamentação utilizada para negatar as circunstâncias judiciais, especialmente se esta foi feita com base em dados concretos.

Trata-se de controle de legalidade, cujo exercício prescinde do reexame de matéria fática, uma vez que se restringe à análise do teor do acórdão recorrido, hipótese dos autos.

Veja-se que afirmei, na decisão agravada, que *o Juízo singular se valeu de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base, especialmente para valorar negativamente a culpabilidade*, e que *a busca pelo lucro fácil* não possui o condão de exasperar a pena-base, pois comum aos delitos contra o patrimônio, já levados em consideração pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato.

Inexistiu, com isso, ofensa à Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, o que não cabe, em recurso especial, é verificar se a fundamentação lançada, em seu aspecto fático, é coerente com o acervo probatório dos autos ou, via de regra, quando presente uma fundamentação juridicamente idônea, se seria ela adequada à fração de diminuição pela qual optou o julgador, dentro de sua discricionariedade vinculada, situação diversa da que ocorreu na decisão agravada.

Destarte, o agravo regimental do órgão ministerial não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0181973-5

AgRg no
AREsp 349.871 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042868320064013803 1902005 200538030030821 200638030044320
42868320064013803

EM MESA

JULGADO: 19/05/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	: JOSÉ DE JESUS RIZZO
ADVOGADO	: GERALDO LUIZ SCALIA GOMIDE E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU	: MARCIO BRASILEIRO DE FREITAS
CORRÉU	: MARCOS HENRIQUE DE ASSIS
CORRÉU	: FERNANDO AUGUSTO CASTILHO E SILVA
CORRÉU	: JOÃO BATISTA DE ASSIS
CORRÉU	: LUCIA HELENA MAMEDE

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: JOSÉ DE JESUS RIZZO
ADVOGADO	: GERALDO LUIZ SCALIA GOMIDE E OUTRO(S)

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.