



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na PET no HABEAS CORPUS Nº 891275 - RS (2024/0045428-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : CLAYTON SCHMITT ALMEIDA
AGRAVANTE : MARIKELEN SILVA DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : AMANDA COSTALES TEIKOWSKI - RS129077
JOSÉ HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS043698
PAULO DE TARSO DALLA COSTA - RS058322
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRÁTICA DE DELITOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL. MAIOR CULPABILIDADE CONFIGURADA. CIRCUNSTÂNCIAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. ELEVADO PREJUÍZO NÃO É RESULTADO OBRIGATÓRIO EM CRIMES CONTRA ENTIDADES DE DIREITO PÚBLICO. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. FRAÇÃO DETERMINADA EM RAZÃO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO SOBRE A MAIOR OU MENOR PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. TEMA NÃO ANALISADO PELA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Inexiste maltrato ao princípio da colegialidade, pois, consoante disposições do Regimento Interno desta Corte, o relator deve fazer um estudo prévio da viabilidade do habeas corpus, podendo, inclusive, decidi-lo monocraticamente (art. 34, XX, do RISTJ). Por outro lado, a parte possui mecanismos processuais de submeter a controvérsia ao órgão colegiado por meio do competente agravo regimental, o que supera eventual mácula da decisão singular do Relator.

2. Como é cediço, a revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios. (HC n. 304.083/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

3. Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar

fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

4. Na hipótese, as instâncias locais não divergiram da jurisprudência desta Corte ao negativarem o vetor culpabilidade, firmada no sentido de que a prática de delitos no exercício da atividade profissional, ou em razão dos conhecimentos dela decorrentes, é circunstância concreta apta a justificar a elevação da pena-base.

5. De igual modo, já se manifestou esta Corte no sentido de ser "Improcedente a alegação de bis in idem na fixação da reprimenda pela eg. Corte de origem, pois a consideração da maior reprovabilidade da conduta (circunstâncias judiciais), ante a consequência delitosa consubstanciada no elevado prejuízo causado, não é resultado obrigatório em delitos perpetrados em detrimento de entidade de direito público, assistência social, etc. (§ 3º do art. 171 do CP)." (RHC 49.640/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014).

6. No que se refere à fração de redução adotada pela tentativa (art. 14, inciso II, do Código Penal), é cediço que o magistrado deve levar em consideração somente o iter criminis percorrido, ou seja, quanto mais próxima a consumação do delito, menor será a diminuição, o que foi devidamente observado no caso concreto. Assim, a modificação do entendimento sobre a maior ou menor proximidade da consumação do delito, a influenciar na fração adotada pelas instâncias ordinárias, demandaria o reexame minucioso da matéria fática, tarefa vedada na via estreita do habeas corpus.

7. A pretensão de reconhecimento da participação de menor importância em relação à paciente Marikelen, com a aplicação do art. 29, §1º, do Código Penal, não foi objeto de análise pela Corte local na apelação. Assim, constatada a ausência do exame do tema na origem, não é possível a sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

8. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 24 de setembro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na PET no HABEAS CORPUS Nº 891275 - RS (2024/0045428-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : CLAYTON SCHMITT ALMEIDA
AGRAVANTE : MARIKELEN SILVA DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : AMANDA COSTALES TEIKOWSKI - RS129077
JOSÉ HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS043698
PAULO DE TARSO DALLA COSTA - RS058322
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRÁTICA DE DELITOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL. MAIOR CULPABILIDADE CONFIGURADA. CIRCUNSTÂNCIAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. ELEVADO PREJUÍZO NÃO É RESULTADO OBRIGATÓRIO EM CRIMES CONTRA ENTIDADES DE DIREITO PÚBLICO. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. FRAÇÃO DETERMINADA EM RAZÃO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO SOBRE A MAIOR OU MENOR PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. TEMA NÃO ANALISADO PELA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Inexiste maltrato ao princípio da colegialidade, pois, consoante disposições do Regimento Interno desta Corte, o relator deve fazer um estudo prévio da viabilidade do habeas corpus, podendo, inclusive, decidi-lo monocraticamente (art. 34, XX, do RISTJ). Por outro lado, a parte possui mecanismos processuais de submeter a controvérsia ao órgão colegiado por meio do competente agravo regimental, o que supera eventual mácula da decisão singular do Relator.

2. Como é cediço, a revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios. (HC n. 304.083/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

3. Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar

fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

4. Na hipótese, as instâncias locais não divergiram da jurisprudência desta Corte ao negativarem o vetor culpabilidade, firmada no sentido de que a prática de delitos no exercício da atividade profissional, ou em razão dos conhecimentos dela decorrentes, é circunstância concreta apta a justificar a elevação da pena-base.

5. De igual modo, já se manifestou esta Corte no sentido de ser "Improcedente a alegação de bis in idem na fixação da reprimenda pela eg. Corte de origem, pois a consideração da maior reprovabilidade da conduta (circunstâncias judiciais), ante a consequência delituosa consubstanciada no elevado prejuízo causado, não é resultado obrigatório em delitos perpetrados em detrimento de entidade de direito público, assistência social, etc. (§ 3º do art. 171 do CP)." (RHC 49.640/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014).

6. No que se refere à fração de redução adotada pela tentativa (art. 14, inciso II, do Código Penal), é cediço que o magistrado deve levar em consideração somente o iter criminis percorrido, ou seja, quanto mais próxima a consumação do delito, menor será a diminuição, o que foi devidamente observado no caso concreto. Assim, a modificação do entendimento sobre a maior ou menor proximidade da consumação do delito, a influenciar na fração adotada pelas instâncias ordinárias, demandaria o reexame minucioso da matéria fática, tarefa vedada na via estreita do habeas corpus.

7. A pretensão de reconhecimento da participação de menor importância em relação à paciente Marikelen, com a aplicação do art. 29, §1º, do Código Penal, não foi objeto de análise pela Corte local na apelação. Assim, constatada a ausência do exame do tema na origem, não é possível a sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

8. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental (e-STJ, fls. 553/557) interposto contra decisão de minha relatoria (e-STJ, fls. 539/549), que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em favor de CLAYTON SCHMITT ALMEIDA e MARIKELEN SILVA DE OLIVEIRA.

Narram os autos que os agravantes/pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, pela prática do crime previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 44 (quarenta e quatro) dias-multa, sendo a prisão substituída por duas penas restritivas

de direitos.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi desprovido. No entanto, a sentença foi reformada, de ofício, para reconhecer a prática de parte dos delitos na modalidade tentada, sem reflexo nas penas (e-STJ fls. 70/73 e 82/102). Segue a ementa do julgado:

PENAL. ESTELIONATO. ARTIGO 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. ARTIGO 14, II, DO CÓDIGO PENAL. TENTATIVA CONFIGURADA EM RELAÇÃO A PARCELA DOS FATOS. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VETORIAIS NEGATIVAS. CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR DE AUMENTO.

1. Comprovado que os réus agiram de forma voluntária e consciente com a finalidade de propiciar a terceiros, de forma fraudulenta, o recebimento salário-maternidade, impõe-se a manutenção da condenação pela prática do crime tipificado no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

2. Demonstrado que o requerimento de parcela dos benefícios foi indeferido pelo INSS, resta configurada a hipótese prevista no artigo 14, inciso II e parágrafo único, do Código Penal. Sentença reformada de ofício para reconhecer a modalidade tentada em relação a esses fatos.

3. A prática do delito de estelionato no exercício da profissão autoriza a exasperação da pena-base. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Desde que possuam fundamentos distintos, não configura bis in idem a valoração negativa das circunstâncias do crime e a aplicação da causa especial de aumento prevista no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

5. No que se refere ao aumento decorrente da continuidade delitiva, o Superior Tribunal de Justiça estabelece o seguinte critério: 1/6 (um sexto) para 02 (duas) infrações; 1/5 (um quinto) para 03 (três) infrações; 1/4 (um quarto) para 04 (quatro) infrações; 1/3 (um terço) para 05 (cinco) infrações; 1/2 (um meio) para 06 (seis) infrações; 2/3 (dois terços) para 07 (sete) ou mais infrações (HC 115.951, 5ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maria Filho, DJe 02-8-2010).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 131/137).

Neste writ (e-STJ fls. 3/11), apontaram os impetrantes constrangimento ilegal aos pacientes, em razão das penas fixadas.

Insurgiram-se, inicialmente, contra a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sem a apresentação de motivação idônea, e em desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, argumentaram que a vetorial de culpabilidade é a elementar do tipo. Não pode, deste modo, ser aumentada em razão de estar ligado à profissão e conhecimento dos acusados. Isto pois os fatos não dizem respeito a totalidade do

exercício profissional dos pacientes, mas somente a parte dele. Há inúmeras outras atividades descritas sem qualquer ilegalidade (e-STJ, fl. 6).

Prosseguiram aduzindo que, em relação a vetorial de “circunstâncias do crime”, estamos diante de um reconhecimento que gerou bis in idem. Isto porque o elemento do tipo já é agravado no seu § 3º, do art. 171, do Código Penal. Como posto, o fato de tratar-se de recursos da Previdência Social está sendo utilizado como aumento de pena base e aumento por causa especial (e-STJ, fl. 7).

Alegaram que a redução pela tentativa deve ser aplicada na fração máxima, uma vez que nos autos sequer há prova da materialidade de todos os fatos. Com isto, não se pode alegar a existência do iter criminis absoluto quando sequer há prova cabal de que o fato realmente tenha acontecido. Ainda, o relator sequer conseguiu pormenorizar o suposto iter criminis alegado. Limitou-se a reprodução de parágrafo genérico, sem que fosse possível individualizar a análise aos pacientes. Deste modo, violado o dispositivo art. 93, IX, da Constituição Federal, deve ser conhecida a nulidade do acórdão, neste ponto (e-STJ, fl. 9).

Defenderam que a paciente Marikelen somente cuidava da captação dos clientes da empresa. Todos os contatos e os pagamentos referentes às certidões entregues foram feitos por seu esposo Clayton, razão pela qual requer-se seja reconhecida sua participação como de menor importância, para fins de diminuição da pena (e-STJ, fl. 10).

Ao final pediram, na liminar e no mérito, a concessão da ordem para que fosse (a) a pena-base reconduzida ao mínimo legal; (b) aplicada a fração máxima de redução pela tentativa; e (c) reconhecida a participação de menor importância em relação à paciente Marikelen, com a aplicação do art. 29, § 1º, do Código Penal.

O *habeas corpus* não foi conhecido, liminarmente, por deficiência de instrução, uma vez que os impetrantes não apresentaram o inteiro teor do acórdão da sentença condenatória (e-STJ, fls. 433/436).

O pedido de reconsideração foi deferido para dar seguimento ao *habeas corpus*, em razão da juntada da documentação faltante. Porém, o *writ* não foi conhecido (e-STJ, fls. 539/549).

Neste agravo regimental, a defesa aponta afronta ao princípio da colegialidade, diante da decisão da lide pelo relator, de forma monocrática.

Reitera, ainda, a fundamentação apresentada no sentido de que (a) houve *bis in idem* na valoração negativa das circunstâncias do crime; (b) deveria ter sido aplicada a fração máxima de redução pela tentativa; e (c) caberia o reconhecimento da participação

de menor importância em relação à paciente Marikelen.

Quanto a este último tema, alega que *a defesa embargou da omissão do Tribunal de origem. Contudo, sequer houve análise da impugnação, razão pela qual a negativa em aplicar a causa de diminuição de pena não possui embasamento algum, ferindo aquilo previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, razão pela qual deve ser conhecida a nulidade, neste ponto. Diferentemente do sustentado na decisão, não pode haver a alegação de supressão de instância neste ponto* (e-STJ, fl. 556).

Pleiteia, ao final, a submissão do presente agravo à análise do colegiado, para que seja a ordem concedida.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, o recurso não merece prosperar, afinal, inexiste maltrato ao princípio da colegialidade, pois, consoante disposições do Regimento Interno desta Corte, o relator deve fazer um estudo prévio da viabilidade do *habeas corpus*, podendo, inclusive, decidi-lo monocraticamente (art. 34, XX, do RISTJ). Por outro lado, a parte possui mecanismos processuais de submeter a controvérsia ao órgão colegiado por meio do competente agravo regimental, o que supera eventual mácula da decisão singular do Relator.

Registre-se, ainda, que a previsão regimental não implica cerceamento ao direito de defesa, por eventual supressão do direito de o patrono da parte realizar sustentação oral, muito menos quando se deseja exercer tal faculdade em sede de agravo regimental, a teor do art. 159 do RISTJ (ut, AgRg no HC n. 173.398/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 25/8/2015).

No caso, como relatado, busca a defesa, inicialmente, o reconhecimento da ilegalidade no aumento das penas-base dos pacientes.

Como cediço, a revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios. (HC n. 304.083/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015)

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

Para a adequada delimitação da questão, confira-se como a matéria foi tratada pelo juízo sentenciante (e-STJ, fls. 524/530 - destaquei):

[...]

2.4.1 CLAYTON SCHMITT ALMEIDA

2.4.1.1 Pena privativa de liberdade

Da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, caput, do Código Penal, infere-se: a) culpabilidade: como o crime está relacionado com a profissão exercida pelo réu, tenho que a culpabilidade é exacerbada, diante do conhecimento específico que ele possui - ou deveria possuir - sobre as restrições e consequências legais do delito; b) antecedentes: o réu não possui maus antecedentes (evento 193); c) conduta social e personalidade do agente: não existem elementos suficientes para a sua aferição; d) motivos: normais à espécie de delito; e) circunstâncias: as circunstâncias em que praticada a conduta revelam tratar-se de crime cuja nocividade social merece maior reprimenda estatal. Isso porque, a fraude atingiu recursos do INSS, e crimes como este, além de afetar recursos públicos, atacam a estrutura de previdência social, voltada para a proteção daqueles com maior vulnerabilidade na vida em sociedade; f) consequências do crime: apesar de o prejuízo estimado ao INSS ter sido de R\$ 254.613,70, esse valor corresponde à totalidade de benefícios de salário maternidade concedidos indevidamente (processo 5021085-91.2018.4.04.7108/RS, evento 7, OFIC4), enquanto que ao réu é imputada apenas uma parte desses benefícios (vinte e três), não havendo a indicação específica do prejuízo; assim, deixo de avaliar negativamente esta circunstância; g) comportamento da vítima: a vítima é o Instituto Nacional do Seguro Social, que não contribuiu para a prática do delito.

Com base no exposto, diante da existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias), a pena-base pela prática do delito previsto no art. 171 do Código Penal deve ser fixada no mínimo legal, isto é, em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

[...]

2.4.2 MARIKELEN SILVA DE OLIVEIRA

2.4.2.1 Pena privativa de liberdade

Da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, caput, do Código Penal, infere-se: a) culpabilidade: como o crime está relacionado com a profissão exercida pela ré, tenho que a culpabilidade é exacerbada, diante do conhecimento específico que ele possui - ou deveria possuir - sobre as restrições e consequências legais do delito; b) antecedentes: a ré não possui maus antecedentes (evento 194); c) conduta social e personalidade do agente: não existem elementos suficientes para a sua aferição; d) motivos: normais à espécie de delito; e) circunstâncias: as circunstâncias em que praticada a conduta revelam tratar-se de crime cuja nocividade social merece maior reprimenda estatal. Isso porque, a fraude atingiu recursos do INSS, e crimes

como este, além de afetar recursos públicos, atacam a estrutura de previdência social, voltada para a proteção daqueles com maior vulnerabilidade na vida em sociedade; f) consequências do crime: apesar de o prejuízo estimado ao INSS ter sido de R\$ 254.613,70, esse valor corresponde à totalidade de benefícios de salário maternidade concedidos indevidamente (processo 5021085-91.2018.4.04.7108/RS, evento 7, OFIC4), enquanto que ao réu é imputada apenas uma parte desses benefícios (vinte e três), não havendo a indicação específica do prejuízo; assim, deixo de avaliar negativamente esta circunstância; g) comportamento da vítima: a vítima é o Instituto Nacional do Seguro Social, que não contribuiu para a prática do delito.

Com base no exposto, diante da existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias), a pena-base pela prática do delito previsto no art. 171 do Código Penal deve ser fixada no mínimo legal, isto é, em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

[...]

Já a Corte local assim se manifestou ao manter as reprimendas dos pacientes (e-STJ, fls. 96/99):

[...]

3.1. CLAYTON SCHMITT ALMEIDA

Crimes consumados

Em sede de razões de apelação, requer a defesa técnica a neutralização das vetoriais culpabilidade e circunstâncias do crime, pois a primeira seria elementar do tipo e, portanto, imprestável para elevar a pena basilar, enquanto a valoração negativa da segunda configuraria bis in idem, na medida em que também foi aplicada a majorante do artigo 171, § 3º, do Código Penal.

Razão não lhe assiste.

O vetor culpabilidade previsto no artigo 59 do Código Penal está relacionado ao grau de reprovabilidade da conduta do agente, de forma que sua valoração negativa enseja a elevação da pena-base. Tal circunstância judicial não se confunde com a culpabilidade como elementar do conceito analítico de crime, que, por ser inerente a qualquer delito, se mostra inidônea à exasperação da reprimenda.

No caso dos autos, o grau de instrução do acusado, que declarou ser Tecnólogo em Gestão Financeira, Bacharel em Ciências Contábeis e Técnico em Contabilidade, e o fato de ter praticado o delito no exercício de atividade profissional elevam a reprovabilidade de sua conduta, autorizando o recrudesimento da pena basilar.

Nesse sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Além disso, milita em desfavor do acusado sua condição de contador, na medida em que praticou o crime com violação do código de ética da profissão (Art. 4º da Norma Brasileira de Contabilidade nº 1 – NBC PG 01). Aliás, tal circunstância autoriza a aplicação da agravante prevista no artigo 61, inciso

II, alínea “g”, do Código Penal; todavia, ausente recurso ministerial, mantenho-a como fundamento para negativação do vetor culpabilidade, nos moldes da sentença.

A s circunstâncias também são desfavoráveis, haja vista que o crime foi praticado em detrimento do INSS, autarquia voltada à proteção de indivíduos social e economicamente vulneráveis. No ponto, consigno que a causa especial de aumento prevista no artigo 171, § 3º, do Código Penal, é aplicada em razão de o INSS ser entidade de direito público, de forma que sua aplicação em concomitância com a valoração negativa das circunstâncias do crime não configura bis in idem, pois possuem fundamentos distintos.

Desse modo, diante de 02 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantenho a pena-base em 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

[...]

3.2. MARIKELEN SILVA DE OLIVEIRA

3.2.1. Crimes consumados

Em sede de razões de apelação, requer a defesa técnica a neutralização das vetoriais culpabilidade e circunstâncias do crime, pois a primeira seria elementar do tipo e, portanto, impréstável para elevar a pena basilar, enquanto a valoração negativa da segunda configuraria bis in idem, na medida em que também foi aplicada a majorante do artigo 171, § 3º, do Código Penal.

Razão não lhe assiste.

O vetor culpabilidade previsto no artigo 59 do Código Penal está relacionado ao grau de reprovabilidade da conduta do agente, de forma que sua valoração negativa enseja a elevação da pena-base. Tal circunstância judicial não se confunde com a culpabilidade como elementar do conceito analítico de crime, que, por ser inerente a qualquer delito, se mostra inidônea à exasperação da reprimenda.

No caso dos autos, o fato de a acusada ter praticado o delito no exercício de atividade profissional e de possuir empresa individual registrada em seu nome, cujo objeto é a assessoria na obtenção de benefícios previdenciários, elevam a reprovabilidade de sua conduta, autorizando o recrudescimento da pena basilar.

Nesse sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

A s circunstâncias também são desfavoráveis, haja vista que o crime foi praticado em detrimento do INSS, autarquia voltada à proteção de indivíduos social e economicamente vulneráveis. No ponto, consigno que a causa especial de aumento prevista no artigo 171, § 3º, do Código Penal, é aplicada em razão de o INSS ser entidade de direito público, de forma que sua aplicação em concomitância com a valoração negativa das circunstâncias do crime não configura bis in idem, pois possuem fundamentos distintos.

Desse modo, diante de 02 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantenho a pena-base em 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de

reclusão.

[...]

Com efeito, as instâncias locais não divergiram da jurisprudência desta Corte ao negativarem o vetor culpabilidade, firmada no sentido de que a prática de delitos no exercício da atividade profissional, ou em razão dos conhecimentos dela decorrentes, é circunstância concreta apta a justificar a elevação da pena-base.

Ilustrativamente, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTOS CONCRETOS. QUANTUM PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - Aos tribunais superiores, no exame da dosimetria das penas, em grau recursal, compete somente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais decisões teratológicas e arbitrárias, que violem frontalmente dispositivo constitucional. (ARE n. 93.8357 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 14/06/2016).

III - A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu.

Assim, para a sua adequada valoração, devem ser levadas em consideração as especificidades fáticas do delito em si, bem como as condições pessoais do agente no contexto em que praticado o crime.

IV - Na hipótese, o Tribunal de origem apreciou concretamente a intensidade da reprovabilidade da conduta, assentando que "a agravante praticou o delito de tráfico de influência no exercício da advocacia, se valendo de sua experiência profissional para exigir das vítimas elevada quantia em dinheiro", fatores que apontam maior censura na conduta e justificam a exasperação da pena-base.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 767.507/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 29/11/2022).

De igual modo, já se manifestou esta Corte no sentido de ser *"Improcedente a alegação de bis in idem na fixação da reprimenda pela eg. Corte de origem, pois a*

consideração da maior reprovabilidade da conduta (circunstâncias judiciais), ante a consequência delituosa consubstanciada no elevado prejuízo causado, não é resultado obrigatório em delitos perpetrados em detrimento de entidade de direito público, assistência social, etc. (§ 3º do art. 171 do CP)." (RHC 49.640/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014).

Assim, tendo sido apresentada motivação concreta e idônea, não verifico a ocorrência de ilegalidade no acréscimo das penas-base.

No que se refere à fração de redução adotada pela tentativa (art. 14, inciso II, do Código Penal), é cediço que o magistrado deve levar em consideração somente o *iter criminis* percorrido, ou seja, quanto mais próxima a consumação do delito, menor será a diminuição, o que foi devidamente observado no caso concreto (e-STJ, fls. 99 e 101).

Assim, a modificação do entendimento sobre a maior ou menor proximidade da consumação do delito, a influenciar na fração adotada pelas instâncias ordinárias, demandaria o reexame minucioso da matéria fática, tarefa vedada na via estreita do *habeas corpus*.

Acerca do tema, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, POR TRÊS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. VALOR DA RES FURTIVA (1 PERFUME DE R\$ 49,90, 1 PAR DE TÊNIS DE R\$ 188,00 E 1 DESODORANTE DE R\$ 9,99. CONTINUIDADE DELITIVA. ESPECIAL REPROVABILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. REDUÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ÓBICE PARA APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA ISOLADAMENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO. REDUÇÃO PARA FRAÇÃO DE 1/5 (UM QUINTO). REDUÇÃO PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

[...]

6. A instância de origem utilizou, no tocante ao quantum de redução pela tentativa, o critério do iter criminis percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

7. Ordem concedida, em parte, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais 6 (seis) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 389.908/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO

CIRCUNSTANCIADO. SENTENÇA. QUANTUM DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática que indeferiu liminarmente o presente writ, uma vez que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o Código Penal, em seu art. 14, inciso II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição. No caso em apreço, a Corte local manteve a redução pela tentativa em 1/3 (um terço), tendo em vista o iter criminis percorrido pelo agente, não se cogitando desproporcionalidade a ser sanada (HC n. 502.584/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/6/2019).

2. Chegar a uma conclusão diversa das instâncias ordinárias, quanto à fração adequada pela incidência da causa de diminuição de pena da tentativa, necessitaria do reexame fático-probatório, vedado na via eleita. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 472.687/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 13/08/2019, DJe 29/08/2019).

Busca-se, por fim, seja reconhecida a participação de menor importância em relação à paciente Marikelen, com a aplicação do art. 29, § 1º, do Código Penal.

No entanto, da leitura dos autos, verifico que tal pretensão não foi objeto de análise pela Corte local na apelação. Assim, constatada a ausência do exame do tema na origem, não é possível a sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ATUAÇÃO DE ADVOGADO NO PRIMEIRO GRAU COM PODERES PARA ATUAÇÃO APENAS NO SEGUNDO GRAU. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TESE DE FALTA DE JUSTA CAUSA. PACIENTE JÁ PRONUNCIADA E CONDENADA. CONSEQUÊNCIAS DA ABSOLVIÇÃO DOS CORRÉUS QUANTO À QUALIFICADORA DA PROMESSA DE RECOMPENSA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. RÉ QUE RESPONDEU EM LIBERDADE À AÇÃO PENAL. PRISÃO DETERMINADA UNICAMENTE EM FUNÇÃO DO ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Em matéria de nulidade, rege o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato. Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual só pode acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em

virtude do vício verificado, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação processual.

2. Apesar de vários atos processuais terem sido praticados por advogado sem poderes para tanto - substabelecido apenas para acompanhar o recurso em sentido estrito -, não há nulidade, uma vez que foi garantida à ré a plenitude de defesa.

3. Não há falar em falta de justa causa para a ação penal depois de já haver sido pronunciada e condenada a ré.

4. É defeso a esta Corte pronunciar-se sobre matéria não apreciada pela instância ordinária. Assim, uma vez que o Tribunal de origem não discutiu a tese defensiva de que a absolvição dos corréus quanto à qualificadora da promessa de recompensa implicaria a absolvição da paciente da acusação de ser a mandante do crime, não pode o STJ analisar a questão, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

5. Em 7/11/2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena. O art. 283 do CPP está em conformidade com a garantia prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

6. A Sexta Turma do STJ, ao examinar o assunto, concluiu que, com a mudança do entendimento do STF, a segregação advinda do esgotamento da jurisdição ordinária, determinada pelo Tribunal de origem, tornou-se ilegal, situação que enseja a intervenção imediata desta Corte.

7. Na hipótese, tendo em vista que a paciente respondeu solta a toda a ação penal e que sua prisão decorreu unicamente da finalização da jurisdição ordinária, a sua soltura é medida que se impõe. 8. Ordem parcialmente concedida a fim de determinar a soltura da paciente, em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 (HC 517.752/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/12/2019, DJe 11/12/2019).

Acrescente-se, por fim, que a Corte local acertadamente esclareceu, em sede de embargos de declaração, que não se manifestaria quanto à apontada participação de menor importância da paciente Marikelen, por se tratar de inovação recursal, já que a tese não fora aventada nas razões da apelação (e-STJ, fl. 136).

Assim, pelas próprias razões do *decisum* impugnado, acima reiteradas, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0045428-3

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg na PET no
HC 891.275 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 50032615120204047108

EM MESA

JULGADO: 24/09/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. PAULA BAJER FERNANDES

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE HENRIQUE SALIM SCHMIDT
ADVOGADOS : JOSÉ HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS043698
PAULO DE TARSO DALLA COSTA - RS058322
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : CLAYTON SCHMITT ALMEIDA
PACIENTE : MARIKELEN SILVA DE OLIVEIRA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CLAYTON SCHMITT ALMEIDA
AGRAVANTE : MARIKELEN SILVA DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : JOSÉ HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS043698
PAULO DE TARSO DALLA COSTA - RS058322
AMANDA COSTALES TEIKOWSKI - RS129077
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

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 Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

C542245155/2011:174191@

2024/0045428-3 - HC 891275 Petição : 2024/0064690-0 (AgRg)