

MULTA. ARTS. 59 E 68 DO CP. CRITÉRIO TRIFÁSICO. OBSERVÂNCIA.[...]

4. O uso de documentos falsos não é elementar do crime de estelionato, podendo ser invocado como circunstância desfavorável para aumentar a pena-base. [...]

6. Apelações parcialmente providas.(ACR 0001183-06.2008.4.01.3801 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.90 de 17/01/2014)

Com relação às agravantes, o Tribunal Regional da 2ª Região entende que:

“ [...] A aplicação da agravante genérica prevista no artigo 61, II, g, do Código Penal, não é incompatível com a tipificação da conduta no artigo 171, §3º do Código Penal, uma vez que a prática do citado crime não pressupõe necessariamente a violação de um dever inerente ao cargo, fato este que apenas torna a conduta ainda mais gravosa. [...]”²³

No mesmo sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “[...] Não há *bis in idem* na aplicação da agravante genérica prevista no art. 61, II, g – CP com a causa de aumento de pena do § 3º do art. 171 – CP, posto que aquela não é elementar ou qualificadora do crime de estelionato. [...]”²⁴.

Esse entendimento também foi adotado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

23 ACR 200451070005361, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 10/01/2014.

24 ACR 48627320104013500, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA 05/08/2013 PAGINA: 1385.

[...] Presente a causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal (relativa à condição especial da vítima da fraude), merece manutenção a majoração de 1/3 (um terço), nos moldes da r. sentença, não havendo que se falar em *bis in idem*, em virtude da aplicação da agravante prevista no artigo 61, II, g, do CP, na segunda fase as dosimetria da pena. [...] ²⁵.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que a agravante prevista no art. 61, II, g, do Código Penal não pode ser utilizada quando já analisada na culpabilidade para aumento da pena-base: “[...] Existência de óbice para a aplicação da agravante (CP: art. 61, II, “g”), à medida que, na primeira fase da dosimetria, o juiz a considerou quando da análise da circunstância judicial “culpabilidade”, restando configurado o *bis in idem* [...]” ²⁶

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região aplicou a agravante do art. 61, II, g, do Código Penal para ré que cometeu o crime de estelionato violando seu dever como advogada:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DAS PENAS. PENA-BASE. REDUÇÃO. AGRAVANTE. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. RESSARCIMENTO DO DANO. AFASTAMENTO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. [...]

25 ACR 00009714220034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2013.FONTE_REPUBLICACAO.

26 ACR 24635120094014100, JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (CONV.), TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 20/07/2012 PAGINA: 513.

3. Aplicação da agravante prevista no art. 61, II, “g”, do CP, já que a ré cometeu o crime com violação de seu dever e sua lealdade profissional como advogada.[...]

6. Apelação da ré provida, em parte, para reduzir as penas, alterar o regime de cumprimento, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, ainda, excluir da condenação a reparação de danos.

(ACR 205492720094013500, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:27/04/2012 PAGINA: 1027.)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também fez incidir a agravante do art. 61, II, “g”, do Código Penal para dirigente sindical que forneceu à Previdência Social informações falsas sobre os sindicalizados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, G, DO CP. OMISSÃO. DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PARA A ACUSAÇÃO. CONTRADIÇÃO. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. O réu, na condição de dirigente sindical, foi o responsável pelas informações falsas referentes aos sindicalizados perante a Previdência Social, ou seja, agiu com “violação do dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”, nos termos do art. 61, II, g, do Código Penal, sendo certo que essa particularidade foi utilizada na fundamentação do acórdão embargado. Logo, referida agravante não pode ser abstraída do cômputo da pena imposta ao réu, razão pela qual deve ser efetuado novo cálculo, a partir da segunda fase da dosimetria da pena.[...]

3. Acolhidos os embargos de declaração.

(EDACR 66208420014013700, JUIZ FEDERAL ANTONIO OSWALDO SCARPA (CONV.), TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 13/11/2013 PAGINA: 90.)

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região aplicou a agravante do art. 61, II, “g”, do Código Penal para Chefe de Posto indígena da Funai que se valeu de sua posição para fraudar benefício de salário-maternidade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO MPF. ESTELIONATO MAJORADO. ART. 171, PARÁGRAFO 3º., DO CPB. SALÁRIO MATERNIDADE. FRAUDE CONTRA A UNIÃO. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, ALÍNEA G, DO CPB. ACUSADO QUE SE VALEU DA CONDIÇÃO DE CHEFE DE POSTO INDÍGENA DA FUNAI. REPARAÇÃO DO DANO. ART. 387, INCISO IV, DO CPP. CABIMENTO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O delito em estudo foi perpetrado com o abuso de uma função pública, o que repercute na incidência da agravante genérica prevista no inciso g, do art. 61, do CPB. O que se verifica do caderno processual em apreço é que o réu se valeu da sua posição de chefe do Posto Indígena da Tribo Funi-ô, em Águas Belas/PE, para concretizar a infração penal.

2. O documento colacionado às fls. 5 do inquisitivo evidencia que o réu lançou mão do status para atestar uma informação inverídica em relação a também denunciada VALMIRA TAVARES DOS SANTOS, isso em detrimento do órgão previdenciário. Inclusive, a declaração de que a mesma exercia atividade de agricultura em regime de economia familiar foi posta em documento com o timbre do órgão de representação indígena, constando a assinatura do acusado, com o respectivo carimbo indicativo da sua função.[...]



8. Apelação do MPF a que se dá provimento.

(ACR 00010903220104058305, Desembargadora Federal Niliane Meira Lima, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 13/06/2013 – Página: 179.)

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região possui julgado sobre delito de estelionato praticado por funcionário de Sindicato Rural, no qual considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais pela lesão à previdência social e pela nocividade social, além de aplicar a causa de aumento do § 3º, do art. 171 do CP. Também fez incidir as agravantes do art. 62, I e IV do CP:

PENAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONHECIMENTO – CRIME DE ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DO SINDICATO RURAL – PREENCHIMENTO DE DECLARAÇÕES DE ATIVIDADE RURAL IDEOLOGICAMENTE FALSAS – OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO FRAUDULENTO – ALEGADAS OMISSÕES – INEXISTÊNCIA – PROVAS EXAMINADAS EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS – ADOÇÃO DOS CRITÉRIOS FUNDAMENTADOS NA SENTENÇA NA DECISÃO COLEGIADA – CONSIDERAÇÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DE TODA A DECISÃO PARA ESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA – PENA ADEQUADA E DOSADA EM CONFORMIDADE COM A NOCIVIDADE E DIMENSÃO DO CRIME – PRETENSÃO MODIFICATIVA DA DECISÃO – NÃO ACOLHIMENTO – ESTABELECIMENTO DE PENAS ALTERNATIVAS – ADEQUAÇÃO AO CASO – IMPROVIMENTO DOS EMBARGOS.[...]

9. As circunstâncias em que praticada a conduta revelam tratar-se de crime cuja nocividade social merece maior reprimenda estatal.

10. 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. Circunstâncias judiciais que são parcialmente desfavoráveis ao réu, devendo a pena-base ser fixada acima do mínimo legal.

11. Consequências que se voltaram à dimensão da nocividade do delito avaliada pelo Julgador, considerando o teor das razões esboçadas ao longo da fundamentação da sentença, julgadas es-correitas quando do voto desta Colenda Turma, sobretudo porque o réu não se ateve a providenciar apenas um benefício indevido em detrimento da vítima, mas utilizava a posição que detinha no sindicato dos trabalhadores rurais para se locupletar às custas da vítima e da sociedade, a proporcionar a obtenção de benefícios indevidos àqueles que procuravam o sindicato, buscando usar do conhecido *modus operandi* adotado pelo réu, conforme os depoimentos testemunhais deixaram translúcido, tudo isto a par da aplicação da majorante referente à entidade de direito público inerente à vítima.

12. Em relação às agravantes dos incs. I e IV, do art. 62 do Código Penal, sustentou o recurso que houve *bis in idem* porque a pena já estava majorada. Contudo, esta matéria em relação à pena veio dirimida expressamente no item 16 do acórdão que restou assim redigido: [...] “16. Presentes as agravantes dos incs. I e IV, do art. 62 do CP, não merece guarida o pedido defensivo para afastá-las, uma vez que a atuação do réu estava voltada a angariar interessados no pedido de aposentadoria, orientando-os a procurar determinados servidores do INSS, dirigindo os demais agentes

e participando da empreitada delitiva em razão de promessa de recompensa consubstanciada em recebimento dos três primeiros meses do benefício obtido, não havendo *bis in idem* quanto às circunstâncias agravantes”.[...]

15. Improvimento dos embargos.

(ACR 00000167020024036108, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)

O Tribunal Regional da 5ª Região aplicou a agravante do art. 62, II, do CP, à ré que coagiu e induziu corrê a obter empréstimo fraudulento na Caixa Econômica Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO EM DETRIMENTO DA CEF (CP, ARTIGO 171, PARÁGRAFO 3º). CONSUMADO E TENTADO. UTILIZAÇÃO DE CONTRACHEQUES FALSIFICADOS DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES PARA FINS DE OBTENÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. HIGIDEZ. CRIMES APURADOS DA MESMA ESPÉCIE (ESTELIONATO MAJORADO). DEFINIÇÃO DA PENA PARA AMBOS OS CRIMES COMO SE FOSSE ÚNICO. APLICAÇÃO DO ACRÉSCIMO PREVISTO NA LEI (CP, ART. 71). MANUTENÇÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 62, II, DO CP. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.
[...]

11- A agravante prevista no art. 62, II, do Código Penal, que pune mais severamente a conduta do autor intelectual do delito, isto é, o idealizador do plano criminoso, que toma a iniciativa ou

coordena a atividade dos demais, está perfeitamente caracterizada, pois ficou comprovado que foi a apelante que coagia e induzia a corrê EDLENE NUNES DE ALENCAR a praticar os atos materiais concernentes à prática do estelionato tentado.

[...]

15- Apelação da ré improvida.

(ACR 200982000018911, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 04/09/2014 – Página: 337.)

O Tribunal Regional da 1ª Região aplicou a agravante prevista no art. 62, IV, do CP, ao estelionato cometido mediante promessa de recompensa e a agravante prevista no art. 62, I, do CP ao agente que promoveu e organizou o delito:

PENAL. ARTIGO 171, § 3º, C.C. ARTIGOS 29 E 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL – ESTELIONATO PRATICADO EM DETRIMENTO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL EM CONCURSO DE AGENTES E CONTINUIDADE DELITIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CRIME IMPOSSÍVEL DESCARACTERIZADO. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMA DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. MAJORAÇÃO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RELAÇÃO AO CORRÊU. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO INTERPOSTO PELO ACUSADO IMPROVIDO.

[...]

4. Dosimetria da pena. Condenação do réu James Dean Novais Martins como incurso nas penas do artigo 171, § 3º, c.c. artigos 29 e 71, todos do Código Penal. Pena-base fixada no mínimo legal de

1 (um) ano de reclusão. Majoração da pena em 1/3 (um terço) pela aplicação da agravante prevista no artigo 62, IV, do Código Penal. Aplicação da causa de aumento de 1/3 (um terço) prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal e de causa de aumento de 2/3 (dois terços) com base no artigo 71 do Código Penal. Fixação do regime inicial aberto (artigo 33, § 2º, “c” do Código Penal). Pena de multa de 28 (vinte e oito) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo cada. Pena-base do acusado Carlos Alberto Lemke mantida. Aplicação da causa de aumento de 1/3 (um terço) prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal, seguida da aplicação de causa de aumento de 2/3 em razão da continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal). Manutenção do regime semi-aberto (artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal). Pena de multa de 43 (quarenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada.

[...]

5. Recurso do Ministério Público Federal a que se dá parcial provimento. Apelação do réu Carlos Alberto Lemke improvida. (TRF3 ACR 0103332-84.1996.4.03.6181)

PENAL – ESTELIONATO – DOSIMETRIA DA PENA – MANTIDA AS PENAS-BASE, ESTABELECIDAS UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, PREVISTO PARA A REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE, NOS LIMITES DO CRITÉRIO PREVISTO NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, NA PRIMEIRA FASE DO MÉTODO TRIFÁSICO (ART. 68 DO CP) – AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL – APLICABILIDADE QUANTO AO RÉU QUE PROMOVEU E ORGANIZOU A COOPERAÇÃO NO CRIME – CONTINUIDADE DELITIVA – ART. 71 DO CÓDIGO PENAL – CABIMENTO – NECESSIDADE DE SE OBSERVAR O

NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...]

II – Quanto ao réu, autor intelectual da empreitada, incide a circunstância agravante da pena, prevista no art. 62, I, do CP, eis que foi ele quem promoveu e organizou a cooperação no crime.

III – Diante da efetiva comprovação de pelo menos 59 (cinquenta e nove) condutas criminosas, praticadas em condições de execução e circunstâncias de tempo e lugar que denotam serem as posteriores continuidade da primeira, conforme reconhecido na sentença recorrida, deve ser majorada a reprimenda, para os três réus, pela continuidade delitiva.

[...]

V – Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida. (TRF1 ACR 0035232-93.2000.4.01.3400)

No que diz respeito à continuidade delitiva, entende o Superior Tribunal de Justiça que o crime de estelionato previdenciário cometido pelo beneficiário é delito permanente, não incidindo a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal:

ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. APONTADA NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRIME CONTINUADO. CONFIGURAÇÃO DE CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. DELITO PERMANENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. O estelionato contra a Previdência Social praticado pelo beneficiário é crime permanente, razão pela qual o termo inicial do prazo prescricional se dá com a cessação do recebimento do benefício indevido.
2. Na hipótese em apreço, não havendo condenação, a prescrição é contada a partir da pena máxima imputada ao crime de estelionato, qual seja, 5 (cinco) anos,

motivo pelo qual o prazo prescricional, na espécie, é de 12 (doze) anos (artigo 109, inciso III, do Código Penal), o qual não transcorreu entre quaisquer dos marcos interruptivos estatuídos no artigo 117 do mencionado diploma legal. [...] (RHC 30.199/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013)

Os Tribunais Regionais Federais da 1^a²⁷, 2^a²⁸, 4^a²⁹ e 5^a³⁰ Região também adotam este entendimento.

27 “[...] 5. Sendo o agente do delito o próprio beneficiário, o crime é permanente, protraindo-se no tempo em razão das parcelas recebidas indevidamente pelo segurado. Não há uma renovação de conduta de modo a justificar a exacerbação da pena. Precedentes. [...]” (ACR 18118420064013600, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 15/07/2013 PAGINA: 63.)

“[...] 5. O estelionato praticado contra a Previdência pelo próprio beneficiário é crime permanente, que se renova a cada recebimento indevido, prolongando-se no tempo o efeito delitivo. Precedentes. Afastamento da continuidade delitiva. 6. Apelações não providas.” (TRF1 ACR 0021868-37.2008.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.1199 de 12/04/2013)

28 “[...] O crime de estelionato previdenciário tem natureza permanente, devendo ser afastada a causa de aumento prevista no art. 71 do CP. Precedentes. 3 – Recurso desprovido. Dosimetria retificada de ofício”. (ACR 201050010030889, Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ, TRF2 – PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 27/06/2012.)

“[...] III – A magistrada sentenciante, malgrado reconhecer que o estelionato previdenciário é crime permanente (fl. 170), na 3ª fase da dosimetria, aumentou de metade a pena intermediária encontrada, fazendo incidir a regra do crime continuado (art. 71 do CP), evidenciando-se, assim, o erro material em que incorreu, cumprindo a esta instância revisora, de ofício, repará-lo para excluir da condenação o acréscimo equivocadamente considerado, por ser a dosimetria da pena matéria de ordem pública. IV – O estelionato contra a Previdência Social é crime permanente, tendo como termo a quo para a contagem do prazo prescricional o dia em que cessou o recebimento indevido das parcelas relativas ao benefício, ou seja, quando cessou a permanência (art. 111, III, do CP). [...]” (ACR 200351110002798, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 13/01/2011 – Página: 168/169.)

“[...] O delito de estelionato praticado em face da Previdência Social, mediante a concessão fraudulenta de benefício previdenciário, com recebimento de prestações periódicas, constitui crime permanente, e, não, continuado, pois o seu momento consumativo prolonga-se no tempo em razão da persistência da vontade do agente em manter o INSS em erro, agindo de forma a renovar seguidamente a fraude que determina o pagamento do benefício indevido em cada mês. – Apelação a que se dá parcial provimento”. ACR 200551020033158, Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE, TRF2 – PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU – Data: 15/09/2008 – Página: 200.

29 “[...] 4. O estelionato consistente na percepção mensal de benefício previdenciário indevido constitui crime permanente, conforme entendimento do STF e da 4ª Seção do TRF4, não se lhe aplicando a continuidade delitiva na dosimetria da pena. [...]” (TRF4, ACR 0001631-13.2009.404.7211, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão José Paulo Baltazar Junior, D.E. 19/12/2013)

30 “11. O fato de ele se omitir de comunicar ao INSS o retorno de sua capacidade laborativa e a volta ao trabalho teve como finalidade a prática de um único delito (estelionato qualificado,

No que se refere aos servidores e despachantes que atuam na concessão do benefício, entende a jurisprudência tratar-se de delito instantâneo com efeitos permanentes, também não configurando crime continuado³¹. Apenas existiria continuidade delitiva na hipótese de atuação para a concessão de mais de um benefício previdenciário³².

O mesmo entendimento é adotado em relação ao benefício de seguro-desemprego, tratando-se de delito permanente para o beneficiário e instantâneo de efeito permanente para o empregador que simula a rescisão do contrato de trabalho.³³

consistente na obtenção do benefício indevido, mediante fraude), não havendo o cometimento de diversas infrações autônomas, em condições similares de tempo, forma e lugar, não justificando a aplicação do acréscimo da pena referente à continuidade delitiva". (ACR 200783000057790, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 03/12/2014 – Página: 99.)

- 31 "11. O fato de ele se omitir de comunicar ao INSS o retorno de sua capacidade laborativa e a volta ao trabalho teve como finalidade a prática de um único delito (estelionato qualificado, consistente na obtenção do benefício indevido, mediante fraude), não havendo o cometimento de diversas infrações autônomas, em condições similares de tempo, forma e lugar, não justificando a aplicação do acréscimo da pena referente à continuidade delitiva". (ACR 200783000057790, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 03/12/2014 – Página: 99.) 12. A majorante referente ao crime continuado não se aplica em se tratando de crime cometido pelos intermediadores – aqueles que participaram na forma de propiciar a outrem a percepção do benefício fraudulento –, pois o entendimento consolidado é o de que a conduta se materializa instantaneamente, com o requerimento do benefício, não obstante produzir efeitos permanentes no tocante ao beneficiário da indevida vantagem, para quem a situação fática é diversa. Precedente do E. STF". (ACR 00009714220034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA – 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2013 . FONTE_REPUBLICACAO.)
- 32 "[...] 2. Dolo. EDUARDO ROCHA, voluntária e conscientemente, utilizou-se das declarações e fichas de registro de empregados espúrias, com o fim de induzir a erro o Instituto Nacional de Seguridade Social, e conseguir, de forma indevida, a aposentadoria por tempo de serviço de Antônio, Lucimar e Sebastião, obtendo para eles vantagem financeira indevida. Sentença condenatória mantida. [...] 6. Da revisão da dosimetria da pena do corréu EDUARDO ROCHA. Pretensão ministerial acolhida. Aumento das penas-bases para cada delito de estelionato previdenciário um pouco acima do mínimo legal [03 anos e 01 mês de reclusão]. Circunstâncias subjetivas e objetivas do artigo 59 do CP totalmente desfavoráveis ao apelado. 7. Do concurso de crimes. Reconhecimento da continuidade delitiva de crimes [prática de condutas reiteradas e semelhantes, da mesma espécie, cometidos na mesma cidade, pelo mesmo modo de execução e com certa periodicidade entre as condutas delitivas, ainda que com intervalo superior a 30 dias] [...]" (ACR 00016016920014036181, JUIZ CONVOCADO CARLOS FRANCISCO, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/01/2014 .FONTE_REPUBLICACAO.)
- 33 "[...] O crime de estelionato, quando cometido pelo beneficiário das parcelas do seguro desemprego, é de natureza permanente e instantânea quanto ao empregador que simula a despedida imotivada". (ACR 201150010023671, Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, TRF2 – PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 07/01/2014.)



Mas, no que tange ao estelionato praticado por meio de saques fraudulentos do benefício previdenciário após o óbito do titular, o Superior Tribunal de Justiça possui decisão entendendo tratar-se de crime continuado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO PRATICADO POR TERCEIRO APÓS A MORTE DO BENEFICIÁRIO. SAQUES MENSAIS POR MEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Tem aplicação a regra da continuidade delitiva ao estelionato previdenciário praticado por terceiro, que após a morte do beneficiário segue recebendo o benefício antes regularmente concedido ao segurado, como se ele fosse, sacando a prestação previdenciária por meio de cartão magnético todos os meses.
2. Diversamente do que ocorre nas hipóteses de inserção única de dados fraudulentos seguida de plúrimos recebimentos, em crime único, na hipótese dos autos não há falar em conduta única, mas sim em conduta reiterada pela prática de fraude mensal, com respectiva obtenção de vantagem ilícita.
3. Recurso desprovido.

(REsp 1282118/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013)

Os Tribunais Regionais Federais da 3^a³⁴ e da 5^a³⁵ Região também

- 34 “[...] In casu, mês a mês, a cada retirada, uma nova conduta se consumava, assim se protraindo no tempo até que a Autarquia Previdenciária descobrisse a farsa (Precedentes da E. 2ª Turma desta Corte – Acr nº 2006.61.13.001111-6/SP – e do E. Superior Tribunal de Justiça – REsp 1282118/RS). IV- Mantida a majorante aplicada na terceira fase de dosimetria da pena relativa à continuidade delitiva, eis que a conduta fraudulenta da ré renovou-se por inúmeras vezes, ensejando a pluralidade de ações a fundamentar a aplicação do art. 71, do Código. V – No caso dos crimes continuados, conta-se a prescrição a partir da data da consumação de cada uma das ações que compõe a continuidade. Sobre o mesmo tema, determina a Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação” [...] (EIFNU 00092432920074036102, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 – PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/08/2013 .FONTE_REPUBLICACAO.)
- “[...] Estelionato praticado por filho de beneficiário, que após o óbito deste, continuou sacando indevidamente benefício previdenciário, através de cartão magnético, como se ele vivo fosse, obtendo vantagem indevida para si, em detrimento da Autarquia Previdenciária. Além disso, o acusado apresentou-se perante o INSS, passando-se pelo segurado falecido, tendo, inclusive, assinado requerimento de reativação de benefício com a grafia de seu genitor. Os delitos de uso de documento falso e falsa identidade restaram absorvidos pelo estelionato, por força da Súmula 17 do STJ, uma vez que praticados com o nítido propósito de reativar o pagamento do benefício previdenciário, que havia sido suspenso. Não há que se falar em crime único, mas, sim, de crime continuado, porquanto cada recebimento indevido de valores perfaz o tipo penal. [...]” (ACR 00127859420084036110, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 – DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2014 .FONTE_REPUBLICACAO:.)
- “[...] Estelionato praticado pela mãe de beneficiário, que após o óbito deste, continuou sacando indevidamente, durante oito meses, a prestação previdenciária através de cartão magnético, como se ele vivo fosse, obtendo, desse modo, vantagem indevida para si, em detrimento da Autarquia Previdenciária, correspondente a R\$ 3.281,20 (três mil, duzentos e oitenta e um reais e vinte centavos). Não há que se falar em crime único, mas, sim, de crime continuado, porquanto cada recebimento indevido de valores perfaz o tipo penal. Toma-se como *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional, a data da consumação de cada uma das condutas que integram a continuidade delitiva. [...]” (ACR 00058416120124036102, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/06/2014 .FONTE_REPUBLICACAO:.) “[...]10. Configurada a hipótese de crime continuado, considerando que o réu não comunicou ao INSS o fato de sua mãe ter falecido em 18/11/99, e continuou a receber o benefício de aposentadoria por idade 41/077.963.667-8 até 30/06/2005. Ressalte-se que recebeu, ainda, o benefício de pensão por morte 21/84.347.670-2 nas competências de 11/99 e 12/99, que só foi cessado porque o Sistema de Óbitos do INSS – SISOBÍ – conseguiu detectar a fraude”. (ACR 00009871820084036117, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/01/2014 .FONTE_REPUBLICACAO:.)
- 35 “[...] Hipótese em que a acusada realizou saques de benefícios previdenciários após o falecimento dos titulares, conduta que se amolda ao tipo do artigo 171, parágrafo 3º, do Código Penal (estelionato qualificado). Comprovadas a materialidade e autoria mediante prova robusta produzida na instrução (certidões de óbito, comprovantes de pagamento de benefícios, extratos do INSS, depoimentos de familiares dos titulares dos cartões), deve ser afastada a alegação frágil de insuficiência de provas e a alegada boa-fé da acusada, que não se harmonizam com o acervo probatório coligido aos autos. 3. Dosimetria da pena que se revê, pois a quantidade de vezes em que a acusada incorreu no mesmo crime não pode dar supedâneo à avaliação desfavorável de sua personalidade, se isto também foi sopesado para aplicar a continuidade delitiva, na terceira fase da fixação da reprimenda. Precedentes do STJ (HC 80155/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010; HC 82933/PE, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 349, REsp 897876/RS, Rel. Min.



possuem jurisprudência no mesmo sentido, aplicando a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal.

No que diz respeito à causa de diminuição prevista no § 1º, do art. 171, do Código Penal, a jurisprudência entende que prejuízo de pequeno valor é aquele que não ultrapassa um salário-mínimo vigente na data do fato:

PENAL. ESTELIONATO. RECEBIMENTO FRAUDULENTO DE SEGURO-DESEMPREGO. VERBA DO FAT – FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR. MINISTÉRIO DO TRABALHO. UNIÃO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO §3º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO ESTELIONATO PRIVILEGIADO (ART. 171, §1º DO CÓDIGO PENAL). DESCABIMENTO. VALOR MAIOR QUE UM SALÁRIO MÍNIMO AO TEMPO DO CRIME. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA POR ANALOGIA COM OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 20 DA LEI Nº 10.522/2002. INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1 – Não há como reconhecer o estelionato privilegiado (art. 171, §1º do Código Penal) se o montante referente à lesão, ao tempo do

Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 711). 4. “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”. Aplicação do enunciado nº 497 da Súmula de Jurisprudência do STF: Reconhecimento de ofício da prescrição da pretensão punitiva (prescrição retroativa) com base na pena em concreto fixada no acórdão. 5. Apelação em parte provida. Reconhecimento da prescrição retroativa.” (ACR 200381000275400, Desembargador Federal Frederico Dantas, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 28/07/2011 – Página: 539.)

“[...] Quanto à dosimetria da pena, vislumbra-se a excessividade na aplicação da causa de aumento de pena, tendo em vista que a Ré recebeu indevidamente o benefício unicamente durante alguns meses em que permaneceu na posse dos documentos da ex-segurada do INSS (entre janeiro e setembro de 2005), havendo-se que levar em consideração também o valor do prejuízo causado ao INSS, havendo-se que aplicar o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, para fixar aumento de pena relativo à continuidade delitiva no patamar intermediário sugerido pelo art. 71, *caput*, do CP, ou seja, 1/3 (um terço). 7. Apelação provida em parte. ACR 200683000131364, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 12/08/2010 – Página: 282.)

crime, era maior que um salário-mínimo, critério que vem sendo adotado pela jurisprudência para aferição da benesse, com aval de abalizada doutrina.

2 – Ainda mais porque no caso a vítima é a União, pois trata-se de recebimento fraudulento de seguro-desemprego, verba do FAT – Fundo de Amparo do Trabalhador, gerido pelo Ministério do Trabalho, denotando maior reprovabilidade na conduta.[...]

4 – Recurso ordinário desprovido.

(STJ RHC 30.225/MA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 27/09/2013)

PENAL. ESTELIONATO. ART. 171,§ 3º DO CÓDIGO PENAL. LEVANTAMENTO DOS VALORES DO SEGURO DESEMPREGO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. DOLO NA CONDUTA. CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.ERRO DE PROIBIÇÃO (ART. 21 DO CP). INOCORRÊNCIA. AUTORIA DA CORRÊ. NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESCABÍVEL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 171,§1º DO CP). IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CP). AFASTADA DE OFÍCIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS (ART. 44 §2º DO CP). CABÍVEL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DA RÉ. IMPROVIDA.[...]

8. A causa de diminuição prevista no artigo 171,§ 1º do Código Penal (estelionato privilegiado) há de ser afastada conside-

rando que o valor auferido pela ré, perfaz um montante de R\$ 1.997,10, valor este que não pode ser considerado pequeno por se tratar de valor obtido do Programa do Seguro-Desemprego, o qual é mantido por recursos federais do Fundo de Amparo ao Trabalho, gerido pelo Ministério do Trabalho, além de que o valor auferido das parcelas mensais é superior ao salário vigente à época dos fatos.

9. Continuidade delitiva (art. 71, do CP) afastada de ofício, porquanto, o recebimento do seguro-desemprego é uma conduta única. Precedentes STF.

10. Recurso do Ministério Público Federal provido em parte tão somente para afastar a causa de diminuição prevista no art. 171, §1º do CP.

12. Apelação da ré improvida. (TRF-3 – ACR 00041539820114036102, Relator: Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, Data de Julgamento: 09/12/2014, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 17/12/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ARTIGO 171, § 3º, CP. FRAUDE CONTRA O INSS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. VALOR SUPERIOR AO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Embora o legislador não tenha fornecido especificamente os requisitos para a definição do quantum do valor abarcado pela figura do estelionato privilegiado, a jurisprudência tem entendido que se enquadra nesse conceito cifra que se aproxime de um salário-mínimo vigente à época do fato.

2. O montante do prejuízo causado ao INSS mencionado na denúncia, R\$4.935,34, afasta o acolhimento da pretensão do imputado para caracterização do delito como estelionato privilegiado, tipificado no artigo 171, § 1º, CP, haja vista que supera o do salário mínimo vigente à época dos fatos.

3. Registre-se que até mesmo para a aplicação do estelionato privilegiado, previsto no § 1º do artigo 171 do Código Penal, leva-se em consideração não o pequeno valor da coisa, mas sim o prejuízo sofrido pela vítima, de modo que a simples ausência de interesse da Fazenda Pública em executar débitos fiscais inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não significa que o estelionato cometido em face de entidade de direito público, que no caso foi lesada no valor de R\$4.935,34 (quatro mil, novecentos e trinta e cinco reais, trinta e quatro centavos) seja penalmente irrelevante. [...]

5. Ordem denegada.

(HC 0011109-60.2011.4.01.0000 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.179 de 31/03/2011)

PENAL. ESTELIONADO PREVIDENCIÁRIO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SEGURO DESEMPREGO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER O ESTELIONATO PRIVILEGIADO (§ 1º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. [...]

4. Embora a ré não possua antecedentes criminais, não há como considerar o quantum como de pouca monta, ao ponto de ensejar



a figura do estelionato privilegiado prevista no § 1º do art. 171 do Código Penal. Isso porque o dano causado aos cofres públicos afasta-se do salário-mínimo vigente à época dos fatos, tido como parâmetro do “pequeno prejuízo” pelos nossos Tribunais.

5. O estelionato praticado contra a Previdência pelo próprio beneficiário é crime permanente, que se renova a cada recebimento indevido, prolongando-se no tempo o efeito delitivo. Precedentes. Afastamento da continuidade delitiva.

6. Apelações não providas. (TRF1 ACR 0021868-37.2008.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.1199 de 12/04/2013)

Portanto, considerando todo o exposto, é possível concluir que sempre deve ser considerada a forma mais simples e básica de cometimento do delito de estelionato, de modo que os demais elementos existentes no caso concreto sejam analisados na dosimetria da pena.

Por fim, vale ressaltar que nas denúncias deve ser requerida a fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pelo crime de estelionato, nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ente lesado.

2.2 DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE MOEDA FALSA

Na dosimetria da pena relativa a tal crime devem ser considerados, dentre outros, os seguintes fatores na análise das circunstâncias judiciais: a conduta do réu, o valor expresso em cada moeda falsa, o número de moedas falsas apreendidas, a forma como foi realizada a falsificação e o local em que o delito foi praticado.

Quanto maior o valor e a quantidade de moeda falsificada, maior será a reprovabilidade da conduta, ensejando o aumento da pena-base.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes do STJ:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO. CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. MAJORAÇÃO DA PENA. GRANDE QUANTIDADE DE CÉDULAS. POSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE. RECORRER EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.[...]

- A grande quantidade de cédulas falsas encontradas em poder do réu constitui justificativa hábil a ensejar a majoração da pena-base.[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 219.644/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 10/05/2013)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA. DOSIMETRIA. GRANDE QUANTIDADE DE CÉDULAS. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO PROVIDO.

I. A grande quantidade de cédulas falsas apreendidas deve ser considerada como demonstrativa de maior reprovabilidade da conduta,

apta a ensejar a majoração da pena-base, em razão da finalidade na norma legal, que busca proteção da fé pública.

II. Quanto maior a quantidade de notas ou metais falsos, mais expressiva será a exposição da fé pública ao perigo, eis que, quanto maior a circulação, maior o número de pessoas que serão atingidas, daí a maior reprovabilidade da conduta.

III. Hipótese em que foram apreendidas 327 (trezentos e vinte e sete) cédulas falsas, totalizando o montante de R\$ 6.400,00 (seis mil e quatrocentos reais).

IV. Necessidade de fixação da pena-base em patamar acima mínimo legalmente previsto, pois a aptidão em atingir maior número de pessoas torna a conduta mais censurável.

V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(REsp 1.170.922/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 14.3.2011)

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PENAL – PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – MOEDA FALSA – AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS – DOLO COMPROVADO – INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA REDIMENSIONADA EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. [...]

3- Entretanto, o número e valor das cédulas apreendidas (sessenta e uma cédulas falsas de vinte dólares americanos e uma cédula de dez dólares americanos – fls. 11/12), denotam culpabilidade mais veemente e atingem sim com mais intensidade o bem jurídico tu-

telado, a justificar a fixação da reprimenda penal acima do mínimo legal. Assim, mantenho a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes. Ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena. A pena definitiva foi estabelecida em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além da pena de multa de 15 dias-multa, no valor de 1 (um) salário mínimo para cada dia-multa, vigente ao tempo do fato, levando-se em conta a capacidade financeira do apelante para suportar o aludido pagamento. Estabeleceu-se o regime inicial aberto. [...]

(ACR 00007919520054036006, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. GRANDE QUANTIDADE DE CÉDULAS FALSAS. CULPABILIDADE ACENTUADA. AUMENTO DA PENA-BASE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDO.

1. A grande quantidade de cédulas falsas encontradas em poder do réu – oitenta e duas cédulas falsas, sendo sete cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e setenta e cinco notas de R\$ 10,00 (dez reais) – demonstra uma maior reprovabilidade da conduta, culpabilidade acentuada e maior potencialidade lesiva ao bem tutelado (fé pública), o que permite a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. Precedente.

2. Pena-base majorada acima do mínimo legal, em 3 (três) anos e (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, restando definitiva à míngua de circunstâncias atenuantes, agravantes, causas de aumento ou diminuição de pena que possam modificá-la.[...]

5. Apelação do Ministério Público Federal a que se dá provimento.

(TRF-3 – ACR: 10684 SP 2001.61.05.010684-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, Data de Julgamento: 28/06/2011, PRIMEIRA TURMA)

PENAL – CRIME DE MOEDA FALSA – AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO DEMONSTRADOS – RECEBIMENTO DE BOA-FÉ NÃO COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. [...]

5 – Majorada a pena-base para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, em razão do número de cédulas falsas apreendidas, quais sejam, 21 (vinte e uma) cédulas de cem euros e 03 (três) cédulas de cem dólares, totalizando EU\$2.100,00 (dois mil e cem euros) e US\$ 300,00 (trezentos dólares). [...]

9 – Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida, somente para majorar a pena privativa de liberdade para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa. Apelação do réu desprovida.

(ACR 00104825420094036181, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2011 PÁGINA: 219. FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL – CRIME DE MOEDA FALSA – ART. 289, §1º DO CP – DOSIMETRIA – QUANTIDADE DE CÉDULAS – REPROVABILIDADE DA CONDUTA – MAJORAÇÃO DA PENA-BASE – PENA DE MULTA – AUMENTO PROPORCIONAL – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. [...]

4. Na fixação das penas, fora considerada a grande quantidade de cédulas, exigindo maior reprovabilidade da conduta, por possuir consequências gravíssimas, o que não impede o Tribunal, existindo

recurso da acusação, exasperar as penas, pelas mesmas circunstâncias judiciais apontadas na sentença, valorando-as de maneira diversa, em congruência aos efeitos da conduta dos réus. A respeito, o escólio de Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, 10^a ed. ver. atual. ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 399-400, citando julgado do E. STF no HC 97.473-DF, Rel. Dias Toffoli, 10.11.2009.

5. Os réus estavam prestes a colocar em circulação e entregar a terceira pessoa, uma exorbitante quantidade de moeda falsa de R\$ 50,00 – quinhentos e noventa e oito cédulas – que restaram apreendidas, situação que está a autorizar o aumento da pena, além daquela fixada pela r. sentença.[...]

9. Provimento parcial ao recurso da acusação, para exasperar as penas, embora em menor grau do que o pleiteado.

(ACR 00052922320034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 – QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:..)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MOEDA FALSA. ARTIGO 289, § 1º DO CÓDIGO PENAL. ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DE MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. [...]

2. No caso, o réu transportava consigo 102 moedas falsas no valor nominal de R\$ 50,00 (cinquenta reais), o que autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal.[...]

4. Apelação não provida.

(TRF-3 – ACR: 4 MS 0000004-59.2011.4.03.6005, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, Data de Julgamento: 12/11/2012, QUINTA TURMA)

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE MOEDA FALSA. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. CONDUTA SOCIAL. [...]

3. O objeto jurídico tutelado no crime de moeda falsa é a fé pública e, portanto, quanto maior a quantidade da cédulas contrafeitas, maior o potencial lesivo e o perigo à fé pública, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida pela acusada e, conseqüentemente, a elevação da pena-base por ocasião da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. No caso em tela, o número de cédulas apreendido é significativo, justificando a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.[...]

5. Apelação parcialmente provida.

(TRF-3 – ACR: 8365 SP 2003.61.10.008365-3, Relator: JUIZA CONVOCADA SILVIA ROCHA, Data de Julgamento: 26/07/2011, PRIMEIRA TURMA)

PROCESSO PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 289, § 1º, DO CP. MOEDA FALSA. INÉPCIA DA DENUNCIA E NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME CONTINUADO. APELAÇÃO PROVIDA. [...]

11-) A pena base foi fixada um pouco acima do mínimo legal, nos termos do art. 59 do Código, uma vez que os réus foram presos guardando 9 (nove) cédulas falsas, além das condutas de introduzir nota falsa e tentar introduzir. Não se pode dar a mesma pena para quem guarda 1 (uma) cédula e para quem guarda 9 (nove), uma vez que a Fé Pública neste caso foi atingida por um numero bem maior de vezes e o risco de causar prejuízos e iludir terceiros é bem maior. [...]

15-) Apelação do Ministério Público Federal provida para condenar os réus pela prática do delito de moeda falsa em continuidade delitiva.(ACR 00038074820054036106, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2009 PÁGINA: 91 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também majora a pena-base segundo a quantidade e valor da moeda falsa, em razão da maior reprovabilidade da conduta:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. UTILIZAÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE: RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. ELEVADA QUANTIDADE DE NOTAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES.[...]

4. A grande quantidade de notas falsas apreendidas merece destaque na consideração das circunstâncias do delito. Quanto maior a quantidade de cédulas inautênticas, mais expressiva será a exposição da fé pública ao perigo, caracterizando maior reprovabilidade da conduta, a ensejar o incremento da reprimenda. Precedentes. 5. Servindo a confissão do réu, colhida na fase extrajudicial e retratada em juízo, para embasar o decreto condenatório, é de rigor a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal em seu favor. Precedentes. 6. Apelações das defesas desprovidas. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida para aumentar a pena-base. (ACR 0028688-79.2006.4.01.3400 / DF, Rel.

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p. 281 de 20/04/2012)

Na mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu que o número de cédulas apreendidas autoriza o aumento da pena-base:

PENAL E PROCESSO PENAL. MOEDA E DOCUMENTOS FALSOS. COMPETÊNCIA. DOLO. PROVA. PENA.

[...]

4. Não há que se falar em *bis in idem* na aplicação das penas-base, pois o magistrado procedeu ao correto exame das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), levando em conta a expressiva quantidade de cédulas inautênticas (273) em poder dos acusados, com falsificação de boa qualidade, e ainda, em relação apenas a JOSÉ CARLOS, a agressão à sociedade advinda dos crimes de falso, e o fato de ostentar quatro anotações em sua FAC relativas ao crime de moeda falsa bem como a comprovação de ser ele conhecido na região e em outros Estados como fornecedor de cédulas falsas, dados que permitem avaliar a reprovabilidade do fato punível praticado (consequências do crime) e a maneira de ser do agente (conduta social e personalidade), mas que não são inerentes ao tipo penal.

5. Apelações improvidas.

(TRF2, 200251014901451, Relator Desembargador Federal PAULO BARATA, Terceira Turma, Data Decisão: 09/12/2003, DJU – Data: 09/03/2004 – Página: 136)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, entende que a quantidade e o valor da moeda falsa ensejam a majoração da pena em razão das circunstâncias do crime:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MOEDA FALSA. GUARDA. AUTORIA. TENTATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS. REINCIDÊNCIA. MUDANÇA DE REGIME. [...]

5. As circunstâncias do crime são gravosas, em face do expressivo volume de moedas falsas apreendidas (2.171), revelando potencial lesão à fé pública ao entrar em circulação o elevado montante de cédulas, mas não justifica o aumento em 1/3 sobre a pena base.[...] (TRF4, ACR 5005676-51.2013.404.7205, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 03/12/2013)

EMENTA: PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO DE BOA QUALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO. ELEVADA QUANTIDADE DE NOTAS FALSAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME NEGATIVA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. ADMISSÃO. [...]

4. Adequada é a maior censura às circunstâncias do crime, pela localização de elevada quantidade de notas falsas apreendidas, com majorado risco social decorrente.

5. Cabível é a atenuante da confissão mesmo quando seja esta parcial, mas referente a elementar do crime e inclusive admitida na valoração do juízo condenatório.

(TRF4, ACR 0001644-05.2005.404.7000, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 27/08/2012)

EMENTA: DIREITO PENAL. MOEDA FALSA (ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). MATERIALIDADE E AUTORIA



COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO. MODIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. REINCIDÊNCIA. [...]

2. A pena foi recrudescida em decorrência da grande quantidade de cédulas espúrias encontradas em poder do réu, como também em razão da reincidência específica no mesmo delito tipificado no artigo 289 do Código Penal, estando bem dimensionada.

3. Fixada pena superior a quatro anos de reclusão para condenado reincidente, não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento de pena. Precedentes do E. STJ. (TRF4, ACR 5001337-69.2010.404.7006, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Leandro Paulsen, juntado aos autos em 08/01/2014)

‘CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME’. MANUTENÇÃO. PENA SUBSTITUTIVA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO PAGAMENTO. [...]

3. Mantida a valoração negativa da vetorial “circunstâncias do crime” diante da expressiva quantidade de notas falsas, aliado ao fato do deslocamento a uma cidade pequena, com economia fraca, para introduzir as moedas falsas.

4. A pena restritiva de direitos consistente na prestação pecuniária deve ser fixada com base no valor do salário mínimo vigente à época do pagamento.

(TRF4, ACR 5004860-07.2010.404.7001, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Leandro Paulsen, juntado aos autos em 08/01/2014)

No julgamento da apelação criminal nº 5004860-07.2010.404.7001 (ementa acima transcrita), entendeu que o deslocamento para uma cidade pequena, com economia fraca, para



introduzir moeda falsa, justifica a valoração negativa do vetorial circunstâncias do crime. Nesse caso, houve o aumento da pena-base por ter a ré se dirigido a uma pequena cidade, cujos moradores possuem pouca instrução, na qual o êxito na empreitada criminosa teria maiores chances de concretizar-se.

Outra circunstância que pode servir de fundamento para o incremento da pena-base é o prejuízo causado a terceiros. No entanto, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça possui decisão em sentido contrário: o fato de as quarenta cédulas falsas terem circulado no comércio e de terem causado prejuízo às vítimas não se presta como fundamento para se considerar como negativas as consequências do crime, pois tais decorrências são elementos inerentes ao tipo penal de circulação de moeda falsa. (REsp 1065756/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 17/04/2013)

Data venia, o prejuízo causado a terceiros não constitui elemento inerente ao tipo penal, mas sim consequência do crime, pois o delito se consuma com o risco de lesão à fé pública, independentemente da ocorrência de dano a terceiros.

Logo, havendo lesão às pessoas que receberam a moeda falsa, trata-se de consequência do crime que deve ser considerada em desfavor do réu, como já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PENAL – MOEDA FALSA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA
– PROVA DE AUTORIA – DOSIMETRIA DA PENA-BASE –
POSIÇÃO DE LIDERANÇA DO RÉU – AGRAVAMENTO DE
PENA – CONTINUIDADE DELITIVA [...]

IV. Pena-base moderadamente fixada acima do mínimo legal em razão dos prejuízos causados às vítimas do crime de introdução de moeda falsa.[...]



(TRF2, ACR 199650010030933, Relator Desembargador Federal ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU, Primeira Turma Especializada, Data Decisão: 18/01/2006, DJU – Data: 31/01/2006 – Página: 162)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também entende que o prejuízo a terceiros pode ser considerado consequência do crime:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CPB. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM RAZÃO DA FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. NÃO ACOLHIMENTO. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL, BEM COMO EM RAZÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. CORREÇÃO DA DOSIMETRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

[...]

5. Considerando-se que as consequências do delito foram de pequena gravidade, tendo em vista que a moeda contrafeita utilizada pelo réu era de R\$ 1,00 (um real), não merece ser valorada negativamente, em razão do prejuízo mínimo causado aos comerciantes.

6. Apelação parcialmente provida.

(ACR 0006847-60.2004.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.154 de 12/06/2012)

Outrossim, tratando-se de delito de ação múltipla, é mais reprovável a conduta do agente que pratica mais de um verbo descrito no tipo penal. Quem falsifica e introduz em circulação moeda falsa merece pena maior do que aquele que só falsifica ou só introduz em circulação, pois a censurabilidade de sua conduta é mais elevada.

Conclui-se, assim, que como o crime se consuma com um único exemplar de moeda inautêntica, todas as outras circunstâncias presentes no caso específico devem ser examinadas na fixação da pena-base. Vale dizer, considerando a forma mais simples e básica da prática do crime em questão, que todos os demais elementos existentes na hipótese concreta devem ser analisados na dosimetria da pena.

2.3 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES DE SONEGAÇÃO

Sobretudo em face das inúmeras alegações de dificuldade financeira, sugerem-se como diligências iniciais (de regra ao receber a Representação Fiscal para Fins Penais), a verificação do quadro societário durante o período em que cometido o delito, bem como buscando as declarações de IRPJ e IRPF de todos os sócios, de forma a verificar, antes da oitiva destes em sede policial, as condições financeiras e patrimoniais, tanto da empresa quanto dos sócios.

Não é incomum se apurar a existência de distribuição de lucro referente aos períodos sonegados, com o que se pode utilizar esta situação não somente para eliminar as alegações de dificuldades financeiras, mas também como utilizar este fato (lucro ou distribuição de lucro) como circunstâncias do crime de forma a valorá-lo com maior reprovação.

Relativamente aos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, tem sido aceita como circunstância negativa na fixação da pena-base o elevado valor do tributo sonegado ou de contribuição que deixou de ser repassada aos cofres públicos.

Embora a vantagem econômica seja ínsita a este tipo de crime, sendo elementar o dano causado, o valor do dano pode ser avaliado como consequência do crime, de forma a fixar adequadamente a pena em situações distintas:



AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO DE VULTOSA QUANTIA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. [...] “É pacífica na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de agravamento da pena base com fundamento no elevado prejuízo causado aos cofres públicos resultante dos tributos sonegados, ante a valoração negativa das consequências delitivas já que maior a reprovabilidade da conduta.” (AgRg no REsp 1134199/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/11/2012)

4. Agravo regimental improvido.

AgRg no REsp 1224324/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISOS I E IV, DA LEI Nº 8.137/90). INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO DA PENA-BASE. [...]

4 – As consequências do crime foram graves, diante do elevado valor sonegado, destacando-se, nesse contexto, que a sonegação fiscal representa fator de grande repercussão nas contas do governo, acarretando desequilíbrios nos cofres públicos, o que

inviabiliza a prestação, por parte do poder público, de serviços essenciais de qualidade.

ACR 200950010095584, , TRF 2ª Região, 2ª Turma. Relatora Des. Liliane Roriz. julgado em 19/04/2012, pub. 04/05/2012.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO DE IMPOSTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ALTO VALOR DE TRIBUTO SONEGADO. CONSEQUÊNCIA DO CRIME. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. [...]

3. O elevado valor sonegado pelo acusado, que acresceu valores em seu patrimônio em detrimento de toda a coletividade, justifica a pena-base em razão da grave consequência do crime (Precedente do STF, HC 8371/SC).

ACR 00063008820024013800, TRF 1ª Região, Terceira Turma, Rel. Des. Tourinho Neto, julgado em 14/01/2013, publicado 31/01/2013.

Todavia, não há um valor definido de tributo ou contribuição (sonegado ou não repassado) na jurisprudência como indicativo preciso para determinar o *quantum* de aumento em razão da consequência do crime.

Questão referente ao valor e que deve ser bem esclarecida, uma vez que a tendência predominante das decisões é utilizar o valor individual do prejuízo em um período, e não o valor global do prejuízo sofrido ao Erário (soma dos períodos), uma vez que a totalização do prejuízo estaria afeta à continuação delitiva, a ser aferida na 3ª fase, ocorrendo, neste caso, *bis in idem*.

Parece, contudo, que mesmo em se tratando de diversas competências somadas, o total do prejuízo deveria ser valorado ainda na primeira fase, uma vez que no crime continuado se valoriza a reiteração da conduta criminoso já de forma favorável ao acusado, posto que, se não se aplicasse a regra da continuidade delitiva,

haveria de se aplicar tantas penas quanto as condutas. Vale dizer que a regra da continuidade delitiva é norma de redução de pena, favor aplicado ao acusado, que se furta de ter penas integralmente definidas para cada conduta praticada, recebendo uma só pena com majoração. Assim, não há que se falar em *bis in idem* ao se considerar como negativa a circunstância “consequência do crime” com regra benéfica ao réu referente à continuidade delitiva.

O STJ tem entendimento já esboçado nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MONTANTE TOTAL SONEGADO COMO PARÂMETRO. VIOLAÇÃO DO CRITÉRIO TRIFÁSICO DE DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. [...]

Observando-se a regra do critério trifásico, a pena de cada crime praticado em continuidade delitiva deve ser primeiramente individualizada. Só assim será possível identificar a mais grave, de modo a aplicar a fração de aumento decorrente da continuidade. Por isso, a valoração negativa das consequências do crime deve ter como parâmetro o montante sonegado por ocasião da prática de cada conduta e não o montante total relativo à soma dos crimes praticados. REsp 1196299/SP, Relator Min. Marco Aurélio Belizze, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 08/05/2013

Ao lado disso, a totalização do valor, mesmo que somadas diversas competências, refere ao prejuízo total causado à vítima, questão de

caráter objetivo, neste caso sim, para agravar a pena daquele agente que causou maior dano ao Erário.

Conforme mencionado anteriormente, no que se refere ao valor sonegado, não há uma orientação jurisprudencial segura, em especial em referência ao montante que faça incidir a causa de aumento do art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990 (é possível considerar que a sua repercussão se dê na culpabilidade do agente, nas circunstâncias ou nas consequências do delito). Dessa forma, considerando-se o montante do valor sonegado, sugere-se pedir inicialmente a aplicação da causa de aumento e, subsidiariamente, a sua consideração na culpabilidade, nas circunstâncias e nas consequências do delito.

Há decisão singular do TRF da 4ª Região que entende por diferenciar a consequência do crime, pelo seu valor, da prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990, que diz respeito ao resultado do crime como gerador de grave dano à coletividade:

DIREITO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. CULPABILIDADE. DOSIMETRIA da pena. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. [...]

“Se da sonegação de tributos resultar prejuízo grave ao Erário Público, consideram-se negativas as consequências do crime, a fim de justificar o aumento na pena-base, ficando a majorante do artigo 12, I, da Lei 8.137/90 restrita àqueles casos em que o valor suprimido do tesouro federal for superior a dez milhões de reais, valor estabelecido na Portaria PGFN nº. 320, publicada em 02-05-2008, que regulamentou o chamado Projeto Grandes Devedores – PROGRAN -, que visa a dispensar acompanhamento especial e prioritário aos maiores devedores do Governo.” (TRF4, ACR 2006.72.04.004421-7, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 22/06/2010). ACR 0000062-17.2008.404.7015, TRF 4ª Região, 8ª Turma, Rel. Des. Leandro Paulsen, 8ª Turma, julgado em 09/10/2013, DE 15/10/2013.

Há julgados que, quanto às consequências do crime valoram negativamente a supressão tributo ou não repasse de contribuições para determinados programas, entre eles aqueles destinados à educação:

Pena-base do crime previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90 aplicada acima do mínimo legal (02 anos e três meses de reclusão). As consequências do delito foram consideradas de forma desfavorável aos Apelantes, porque o valor (R\$ 414.401,43), além de elevado, refere-se a tributos como o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, sonegados pela empresa, que compõem o FUNDEF, fundo do Governo Federal destinado à melhoria da educação fundamental no País, autorizando um aumento da pena em três meses, acima do mínimo legal de dois anos.

ACR7434/AL (200880000046314), TRF 5ª Região, Terceira Turma, Rel. Des. Geraldo Apoliano, julgado em 28/06/2012, DE 03/07/2012.

A formação do acusado, seja como contador, advogado, ou ainda sua longa experiência como profissional liberal podem levar a uma consideração como condição negativa no que se refere à sua culpabilidade.

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA-PESSOA FÍSICA NÃO APRESENTADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. DOSIMETRIA. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS[...]

III – O fato de o acusado exercer a profissão de dentista por mais de 30 anos torna a conduta ainda mais reprovável, autorizando a elevação da pena-base, visto que inequívoca a sua ciência acerca das obrigações tributárias decorrentes de sua atividade laborativa. IV – A fixação de um valor mínimo para

reparação dos danos causados pela infração, prevista no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, é norma cogente, não dependendo de qualquer requerimento por parte do ofendido a este respeito. V – Apelação desprovida.

ACR 200751018119297, TRF 2ª Região, 2ª turma, Rel Marcelo Pereira da Silva, julgado em 05/03/2013, pub. 15/03/2013.

A pena-base não poderia ser fixada no mínimo legal, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, alusivas às consequências dos delitos, diante da dimensão do prejuízo ao erário público, e ao grau de culpabilidade superior, tendo em vista o fato de que os réus são contadores e, por conseguinte, em razão de sua qualificação profissional, tinham perfeita consciência da ilicitude de suas condutas.

ACR 200882010006615, TRF 5ª Região, 3ª turma, Rel Élio Wanderley de Siqueira Filho (Convocado), julgado em 11/04/2013, pub. 17/04/2013.

Assim, parece ser muito importante, para caracterizar a circunstância negativa referente à culpabilidade, verificar a profissão do acusado não somente na sua qualificação – pois, muitas vezes, nos crimes fiscais consta somente “empresário” –, mas buscar a constatação acerca da formação do acusado em curso superior.

Neste aspecto também é interessante perquirir sobre o “currículo” do acusado, se exerceu cargo público em sua vida, se foi eletivo, se no Executivo, por quanto tempo, se administrou outras empresas, há quanto tempo administra a empresa, de forma a poder sustentar um desvalor na circunstância pertinente à culpabilidade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISOS I E IV, DA LEI



Nº 8.137/90). INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO DA PENA-BASE. [...]

3- A maior reprovabilidade da conduta do acusado, a fundamentar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, justifica-se em razão de ele se tratar de um experiente empresário, proprietário de um conglomerado econômico, com maior capacidade de compreender o caráter ilícito e as consequências de seu comportamento, além do fato de que seu grupo econômico possuía situação financeira suficientemente estável para agir de acordo com o que determina a lei.

ACR 200950010095584, 2ª Região, 2ª turma, Relatora Liliane Roriz, julgado em 19/04/2012, pub. 04/05/2012.

Quanto a esta circunstância, de regra não utilizada em julgados de crimes fiscais, podem-se buscar elementos pertinentes à conduta do acusado na condução dos seus negócios, verificando-se, por exemplo: quantitativo de ações trabalhistas que correm contra o acusado ou sua empresa, ações cíveis, eventual quantitativo de reclamações em órgãos de proteção ao consumidor. Uma busca de informações sobre o acusado em redes sociais, internet, ocorrências policiais, Detran, podem trazer inúmeras informações sobre a conduta social do acusado. Essas informações, inclusive no que se refere a elevado padrão de vida, podem indicar, inclusive, uma motivação negativa para a prática do delito de sonegação.

2.4 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES DE LAVAGEM

Inicialmente, cabe ser assinalado que a Lei de Lavagem, em sua redação dada pela Lei nº 12.683/2012, traz determinação de aumento

de pena quando o crime for praticado de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

Embora a nossa atual lei de lavagem de dinheiro seja de “3ª geração”, isto é, considere como crime antecedente qualquer infração penal, há que se valorar negativamente, como circunstância do crime, aqueles delitos antecedentes de maior relevo, sejam aqueles antes previstos na redação anterior da Lei nº 9.613/1998 nos incisos do art. 1º, em especial aqueles de maior repercussão social ou presentes em tratados dos quais o Brasil seja signatário.

A exemplo das decisões judiciais pertinentes aos crimes fiscais e contra o Sistema Financeiro Nacional, parece pertinente valorar negativamente como consequência do crime de lavagem o quantitativo de recursos ocultados ou em que tenha ocorrido a dissimulação.

Também parece relevante valorar como negativas as circunstâncias atinentes à forma de cometimento do crime, isto é, valorando negativamente aquelas cujas circunstâncias de cometimento do delito indiquem maior complexidade de meios empregados na ocultação ou dissimulação.

2.5 DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE FURTO

O Código Penal determina o aumento da pena de um terço quando o delito for praticado durante o repouso noturno (art. 155, §1º).

Ressalta-se que a lei preteriu o emprego da palavra noite em favor do termo repouso noturno, a ser entendido como o período de recolhimento destinado ao repouso. Adotou-se, portanto, o critério psicossociológico em detrimento do físicoastronômico³⁶. Nesse sentido, são as precisas lições de Magalhães Noronha: “Existe a agravante quando o furto se dá durante o tempo em que a cidade ou local repousa, o que não importa

36 HUNGRIA (1955, p. 28).

necessariamente seja a casa habitada ou estejam seus moradores dormindo. Podem até estar ausentes ou desabitado o lugar do furto³⁷.”

Entretanto, não obstante a ausência de restrição legal, mas seguindo autorizada corrente doutrinária³⁸, a jurisprudência se consolidou, de modo unânime, no sentido de que a referida majorante não se aplica ao furto qualificado (art. 155, § 4º), mas apenas ao furto simples (art. 155, *caput*). É o que se colhe do seguinte precedente exemplificativo:

PENAL. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, IV, DO CP). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO § 1º (REPOUSO NOTURNO). IMPOSSIBILIDADE. 1 – A causa especial de aumento do § 1º, do art. 155, do CP (repouso noturno) somente incide sobre o furto simples, sendo, pois, descabida a sua aplicação na hipótese de delito qualificado (STJ, HC 10.240/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, DJ 14/02/2000, p. 79).

Esse posicionamento também tem acolhida na doutrina moderna, sustentando-se que “a situação topográfica do parágrafo sub exame, fossem intenção da lei aplicá-lo também às modalidades qualificadas, o aumento relativo ao repouso noturno deveria vir consignado posteriormente ao § 4º do art. 155”³⁹, bem como pelo fundamento de que “as circunstâncias que envolvem o furto previsto no § 4º já são graves o suficiente para determinar uma justa punição ao autor da infração penal”⁴⁰.

Malgrado a correção desse entendimento, não se pode desconsiderar que o furto praticado durante o repouso noturno, mesmo revestido

37 NORONHA (1991, p. 229).

38 FRAGOSO (1976, p. 299-300).

39 GRECO (2006, p. 22).

40 NUCCI (2012a, p. 731).

de quaisquer das qualificadores do art. 155, § 4º, do CP, apresenta-se, ainda assim, como de maior reprovabilidade.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência se opõem tão somente que o *repouso noturno* seja utilizado para majorar o delito em um terço, operação a ser efetuada na terceira fase da dosimetria da pena. Entretanto, isso não pode significar, como de fato não significa, que essa circunstância na qual o delito foi praticado não lhe confira maior censura, apta a influenciar na reprimenda a ser fixada.

Destarte, diante de um furto qualificado praticado durante o repouso noturno, a solução que privilegia o princípio constitucional da individualização da pena é a que impõe a consideração do repouso noturno como circunstância judicial negativa, na categoria das circunstâncias do crime prevista no art. 59 do Código Penal, conforme esclarece Luiz Régis Prado:

Em face da colocação topográfica da causa de aumento de pena, esta não incidirá sobre as formas qualificadas de furto. No entanto, tal circunstância deverá ser sopesada na aplicação da reprimenda, nos termos do artigo 59 do Código Penal. No caso em epígrafe, é maior a gravidade do injusto, pelo acentuado desvalor da ação, já que a circunstância do repouso noturno propicia maior êxito à ação delituosa, pelo desviamento da *res*⁴¹.

No mesmo sentido, entre outros, os abalizados entendimentos de Paulo José da Costa Júnior⁴² e Cláudio Fragoso⁴³.

41 PRADO (2004, p. 385).

42 “A qualificadora do repouso noturno só se aplica ao furto simples (art. 155, *caput*). Não terá aplicação se o furto for qualificado, quanto então a circunstância poderá ser sopesada na aplicação da pena (art. 59). (COSTA JÚNIOR 2012, p. 76).

43 “Nenhuma dúvida existe de que a agravante do repouso noturno não se aplica às hipóteses de furto qualificado, podendo ser, no entanto, considerada, na medida da pena” (FRAGOSO, C 1976, p. 300).



Portanto, quando da primeira fase da dosimetria no delito de furto qualificado, deve o julgador se atentar para a eventual prática do crime durante o repouso noturno, a fim de elevar a pena-base em face das *circunstâncias do crime* desfavoráveis ao agente, nos termos do art. 59 do Código Penal.

De outro norte, a destruição de obstáculo à subtração da coisa qualifica o furto (art. 155, § 4º, I). Entretanto, a referida destruição pode se dar de diferentes modos, de sorte que, em homenagem ao princípio da individualização da pena, as distintas formas de destruição devem influenciar no *quantum* da reprimenda penal a ser fixada.

Com efeito, as circunstâncias do delito “fluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes”⁴⁴. Não é por outra razão que a doutrina apregoa ao julgador o dever de valorar o fato penal além da simples figura típica, conforme as precisas lições de Mirabete: “O fato punível como se apresenta à consideração do juiz não é a simples figura típica em que a norma penal o define. Vem geralmente acompanhado de circunstâncias que juntam ao caráter que lhe é próprio atributos acessórios que alteram para mais ou para menos a sua reprovabilidade”⁴⁵.

Diante disso, é de maior censura o emprego de esforço excessivo para a destruição do obstáculo, como ocorre na subtração de valores de caixas eletrônicos mediante o uso de explosivos, pois o delito é praticado em situação que impõe maior dificuldade para a atividade delituosa. Nesse sentido, merece transcrição o ensinamento de Fernando Galvão:

Um ditado popular diz que a oportunidade faz o ladrão. Talvez fosse o caso de dizer que a oportunidade revela o ladrão. De qual-

44 BITENCOURT (2012, p. 539).

45 MIRABETE; FABBRINI (2009, p. 98).



quer forma, a circunstância judicial em exame possibilita avaliar a oportunidade em que o crime foi realizado. As facilidades ou dificuldades enfrentadas pelo sujeito na execução do crime podem fazer o magistrado avaliar melhor a necessidade e suficiência da pena para a reprovação e prevenção do crime. Havendo excepcional estímulo à prática delitiva, em situação não prevista como circunstância atenuante, pode-se caracterizar hipótese de aplicação de pena inferior ao que determina a culpabilidade. No entanto, a realização do crime em circunstâncias extremamente adversas pode indicar a necessidade de aplicar-se a pena determinada pela culpabilidade⁴⁶.

Destarte, o furto qualificado (e o mesmo raciocínio aplica-se ao roubo) praticado mediante o uso de explosivos deve ter a sua pena-base elevada nas considerações da categoria *circunstância do delito*, em face da maior censura decorrente do elevado esforço para a subtração da coisa.

Quanto ao objeto material do furto, se esse é de pequeno valor, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa, se o réu for primário (art. 155, § 2º, CP).

É de se notar que, para o furto, a lei utilizou a expressão coisa furtada de pequeno valor, em oposição à prejuízo da vítima, constante do tipo penal de estelionato. Essa distinção não é supérflua, senão indica que para a configuração do furto privilegiado importa considerar a *res furtiva* no momento da prática delituosa, pouco interessando o efetivo prejuízo suportado pela vítima, conforme reconhece a jurisprudência: “o valor da “res furtiva” deve ser medido ao tempo da subtração, não se identificando com o pequeno ou nenhum prejuízo dali resultante” (STJ, REsp 76.881/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 14/04/1997).

46 GALVÃO (2013, p. 473).

Imagine-se, então, um furto de obra de arte de valor elevado integrante do patrimônio de autarquia federal, cujo agente se arrepende e devolve a coisa subtraída, mas esta apresenta pequena avaria. Ainda que o prejuízo efetivamente causado possa ser considerado de pequeno valor, ainda assim o furto não será privilegiado, em face do elevado valor da *res furtiva*.

Com efeito, eventual recuperação de parte ou totalidade da coisa furtada, seja por ação da polícia ou pelo arrependimento posterior do agente, reduzindo o prejuízo decorrente da prática delitiva, não pode dar ensejo a privilegiadora, de acordo com os ensinamentos de Fernando Capez:

Não se deve confundir o pequeno valor da coisa com o pequeno prejuízo sofrido pela vítima. Assim, a ausência de prejuízo em face de a vítima ter logrado apreender a res furtiva ou o pequeno prejuízo não autorizam o privilégio legal. Importa ressaltar que o pequeno prejuízo somente constitui causa de diminuição de pena no crime de estelionato (CP, art. 171, § 2º)⁴⁷

Portanto, para a aplicação da privilegiadora prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal, deve o julgador se atentar para o valor da coisa furtada, independentemente do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

2.6 DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE ROUBO

Para se conferir efetividade ao princípio da individualização da pena, todos os acontecimentos que se conectam com a prática delitiva – e não servem para tipificar ou qualificar o crime – devem ser, obrigatoriamente, considerados para a fixação da pena.

⁴⁷ CAPEZ (2006, p. 388).

No roubo, o agente atua finalisticamente para a subtração de coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça. Destarte, o art. 157 do Código Penal tutela tanto o patrimônio quanto a liberdade individual e integridade física da vítima⁴⁸.

Contudo, para além desse aspecto, em certos casos, a prática do roubo pode atingir a sociedade como um todo, fato que, indubitavelmente, confere maior reprovabilidade ao injusto praticado, que deve refletir na fixação da pena⁴⁹.

Com razão, os efeitos danosos provocados pelo crime devem ser analisados não somente em relação à vítima, mas também pelas consequências que atingem a coletividade, conforme adverte o magistrado de Paulo José da Costa Júnior: “deverá também o juiz levar em consideração as consequências do crime, o maior ou menor dano, para a vítima, sua família e a sociedade”⁵⁰.

De fato, quando a prática do roubo prejudica o bom andamento de serviço público, ainda que esse acontecimento não integre a intenção do agente, pois visava apenas à subtração do bem, essa circunstância deve ser obrigatoriamente considerada para exasperar a pena-base.

Isso acontece, por exemplo, quando um carteiro, durante a entrega de correspondências, é vítima de roubo, tendo o veículo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) subtraído com entregas pendentes a serem feitas. Nessa situação, o roubo atinge a sociedade como um todo diante da interrupção da prestação eficiente do serviço postal, mantido pela União, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal.

Decerto, não se pode valorar, da mesma forma, a subtração de um veículo comum e a subtração de um veículo dos Correios durante a

48 HUNGRIA (1955, p. 54).

49 MASSON (2014a, p. 375).

50 COSTA JÚNIOR (2012, p. 166).

prestação do serviço postal, pois isso afrontaria o princípio da individualização da pena.

Portanto, quando a prática do roubo prejudicar o bom andamento de algum serviço público, essa situação confere maior reprovabilidade ao delito, sendo imperiosa a consideração desse fato como circunstância judicial negativa, na categoria das consequências do crime.

Outrossim, a ocorrência de prejuízo patrimonial à vítima é inerente ao delito de roubo, mas a extensão do dano causado varia de um caso para outro, razão pela qual o princípio da individualização da pena impõe sejam fixadas penas diferentes para roubos com consequências diferentes, conforme admite a jurisprudência dominante:

A consideração, nas circunstâncias judiciais, da expressão financeira do prejuízo causado à vítima não constitui elemento ínsito ao tipo, podendo ser validamente observada na fixação da pena-base imposta ao infrator. É o que, aliás, impõe o art. 59 do Código Penal, ao determinar que o juiz, na fixação da reprimenda, faça a valoração, entre outros elementos, das consequências da infração, o que, a toda evidência, subsume o maior ou menor prejuízo que um crime de roubo venha a causar à vítima (STF, RHC 117108, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 21.10.2013)

Não há constrangimento ilegal na consideração negativa das consequências do delito com base no prejuízo da vítima, pois não se pode dizer que tal fato seja inerente ao tipo do art. 157 do CP, merecendo, então, ser devidamente sopesado quando da aplicação da reprimenda básica, em observância do princípio da individualização da pena (STJ, HC 167.870/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 21.11.2012)

Com efeito, diante de prejuízo patrimonial expressivo decorrente do delito de roubo (e o mesmo raciocínio se aplica ao furto), deve o julgador considerar esse fato para elevar a pena-base, na categoria das consequências do delito.

Sabido que o delito de roubo se diferencia do furto exatamente pelo uso da violência ou da grave ameaça, sendo estas elementares do tipo penal. Destarte, a presença da violência ou da grave ameaça já foram valoradas abstratamente pelo legislador ao cominar para o roubo pena abstrata mais gravosa que o furto.

Contudo, essas elementares foram avaliadas apenas abstratamente, isto é, se estão ou não presentes, restando ao julgador, no caso concreto, valorar a intensidade da violência, que pode se fazer presente em maior ou menor grau, a fim de fixar a pena-base adequada dentro do intervalo legalmente previsto.

Com efeito, na categoria das circunstâncias do crime deve ser avaliado o modo de execução do delito, que pode revelar uma brutalidade do agente a exigir a elevação da pena-base, conforme esclarece André Estefam:

O legislador se refere ao meio ou modo de execução do delito. Deve o magistrado, então, destacar os dados acidentais relevantes, tais como o lugar da infração penal, o instrumento utilizado pelo agente, eventual brutalidade revelada, a duração da fase executiva do ilícito etc⁵¹.

Nesse sentido, em se verificando que o delito foi praticado valendo-se o agente de violência intensa, por exemplo, lesionando-se ou até mesmo aplicando tapas desnecessários no rosto da vítima, o princípio da individualização da pena impõe que a pena-base seja fixada acima

51 ESTEFAM (2013, p. 382).



do mínimo legal. Esse posicionamento é acolhido pela jurisprudência, como se verifica nos seguintes precedentes:

O fato de terem sido duas as vítimas e que, em razão da ação criminosa, uma delas foi lesionada, são argumentos que, à toda evidência, justificam maior apenamento na primeira etapa da dosimetria, pois indicam maior reprovabilidade da conduta do paciente e negatividade da forma como cometido o crime. Embora a violência seja parte integrante do delito do art. 157 do CP, sua maior ou menor intensidade podem e devem ser mensuradas por ocasião da aplicação da sanção, em fiel observância ao princípio da individualização da pena (STJ, HC 151.190/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 16.02.2012)

As circunstâncias do crime também foram consideradas negativas, tendo, neste caso, o Tribunal de origem apresentado elementos concretos (as circunstâncias fáticas do delito, tendo em vista que ficou demonstrada a tamanha violência utilizada para a empreitada criminosa pelo apelado, consistente em tapas desnecessários nos rostos das vítimas Danielle e Deivison, o que também contribui para um aumento da pena-base, se distanciando, ainda mais, do mínimo legal), que refletem um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, bem como respalda o incremento da pena (STJ, HC 225520/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 04.11.2013)

Cumpre ressaltar que apenas a lesão leve é absorvida pela figura do *caput* do tipo penal de roubo, pois a lesão grave e a gravíssima qualificam o delito pelo resultado, nos termos do § 3º do art. 157⁵².

52 BITENCOURT (2012, p. 110).

Portanto, em face da violência elevada, as circunstâncias do crime são desfavoráveis, sendo obrigatória a majoração da pena-base.

Como já dito, se da violência do roubo resultar lesão grave ou morte da vítima, o crime será qualificado pelo resultado, nos termos do art. 157, § 3º. Essa qualificadora se aplica tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio, não se distinguindo se a violência foi usada antes, durante ou depois da situação⁵³.

Em todo caso, o resultado que qualifica o crime pode recair tanto sobre a vítima como sobre terceiro, como policiais que, ao perseguirem os agentes do roubo, são alvos de disparos de arma de fogo com *animus necandi*⁵⁴. Nessa situação, os agentes responderiam por latrocínio tentado (art. 157, § 3º, *in fine*, c/c art. 14, II, e súmula 610/STF).

Ainda nessa hipótese, mesmo diante da pluralidade de vítimas (mais de um policial sendo alvo dos disparos), a unidade do latrocínio permanece íntegra, em razão do latrocínio ser delito contra o patrimônio e haver um único patrimônio lesado⁵⁵.

Nessa situação, a pluralidade de vítimas confere maior reprovabilidade ao latrocínio, conforme assenta a abalizada doutrina sobre o tema de Guilherme Nucci:

Outro exemplo importante diz respeito à prática do latrocínio contra casal. Tendo em vista que o agente atua contra o mesmo patrimônio, per-

53 “Pode-se afirmar, com certa segurança, que doutrina e jurisprudência não discrepam quanto à aplicação do disposto no § 3º tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio; é indiferente que o agente produza o resultado mais grave na vítima (lesão grave ou morte) para cometer a subtração, durante sua execução ou após sua realização” (Id., 2012, p. 110).

54 “Cremos que a violência empregada para o roubo é apta a causar a morte de qualquer pessoa, e não somente da vítima. Assim, se um dos autores atira contra o ofendido, mas termina matando quem está passando pelo local, comete latrocínio. O mesmo se diga se o marginal desferiu tiros contra a polícia que chega no momento do assalto ou contra a vítima, matando um outro comparsa. A violência empregada trouxe o resultado “morte”, não necessariamente do ofendido, pois o direito protege a vida humana, e não somente a vida da vítima do crime patrimonial”. (NUCCI, 2014a, p. 704).

55 CUNHA (2009, p. 138).

tencentado ao marido e à esposa, caso mate os dois para obter o almejado, comete um único latrocínio, embora com consequências do crime muito mais graves, devendo ser ponderado tal fato na fixação da pena-base⁵⁶.

De forma uníssona, a jurisprudência acolhe esse entendimento, conforme se verifica nos seguintes precedentes das Cortes Superiores:

O quadro empírico da causa justifica o estabelecimento da pena-base em patamar consideravelmente superior ao mínimo legal (dez anos), notadamente se consideradas as gravíssimas consequências do delito (três mortes). (STF, RHC 96.952, rel. min. Ayres Britto, DJE de 28.05.2010).

Segundo entendimento acolhido por esta Corte, a pluralidade de vítimas atingidas pela violência no crime de roubo com resultado morte ou lesão grave, embora único o patrimônio lesado, não altera a unidade do crime, devendo essa circunstância ser sopesada na individualização da pena, que, no caso, é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos. (STF, HC 96.736/DF, 17.09.2013, rel. min. Teori Zavaski, DJE de 02.10.2013).

Portanto, diante de um roubo qualificado pelo resultado (art. 157, § 3º) com pluralidade de vítimas, ainda que na modalidade tentada, impõe-se ao julgador a consideração dessa circunstância judicial na categoria das consequências do crime.

Considerando que as “circunstâncias do crime são aqueles elementos meramente acessórios, que não integram o crime, mas influem sobre sua gravidade, deixando inalterada sua essência”⁵⁷, quando a fuga dos agentes do crime coloca em risco a vida de terceiros, como ocorre

⁵⁶ NUCCI 2014b, p. 190).

⁵⁷ COSTA JÚNIOR (2012, p. 166).

em face da direção perigosa e em alta velocidade, tem-se uma situação que confere colorido especial ao fato, influenciando, necessariamente, na fixação da pena-base.

De fato, neste caso, a conduta de “trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano”, amolda-se ao delito previsto no art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro, sendo punido com pena de detenção de seis meses a ano.

Entretanto, como cediço, a direção criminosa empregada pelo agente para não ser preso em flagrante após a prática do roubo é um mero pós-fato impunível, não se tratando de delito autônomo, conforme reconhece a jurisprudência:

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 311, CÓDIGO DE TRÂNSITO. ABSOLVIÇÃO. EXTENSÃO A CORRÉU. Se o delito de direção perigosa decorreu da fuga empreendida pelos agentes, após a consumação dos roubos, apenas para que não fossem presos em flagrante delito, trata-se de um pós-fato impunível, não se apresentando como conduta autônoma. Hipótese de aplicação do critério da consunção, em que o crime de direção perigosa estaria contido no de roubo qualificado, de maior amplitude, permitindo uma única tipificação. No concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, quando fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveita aos demais (TRF-4, ENUL Nº 0000733-39.2009.404.7004/PR, Relator: ARTUR CÉSAR DE SOUZA, data de Julgamento: 17.02.2011).



Destarte, justamente por não integrar o tipo penal do roubo e ser por este absorvido, esse pós-fato impunível como delito autônomo tem idoneidade para influenciar na pena do próprio delito de roubo.

Portanto, quando os agentes do delito de roubo empregam fuga colocando em risco a vida de terceiros, por meio de direção perigosa, é de rigor a consideração desse fato pelo julgador para a fixação da pena-base na categoria das circunstâncias do crime.

O roubo, como delito complexo, depende, para se configurar, que a subtração seja feita mediante grave ameaça ou violência. Quando a grave ameaça ou a violência são feitas mediante o uso de arma o fato é merecedor de maior censura, impondo-se a aplicação da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

A arma não precisa ser efetivamente utilizada para a aplicação da majorante, bastando que seja portada ostensivamente de modo a ameaçar, ainda que implicitamente, a vítima⁵⁸. Além disso, restou consolidado o entendimento de que a arma deve ter potencialidade lesiva, não sendo a arma de brinquedo idônea para a configuração da referida majorante⁵⁹.

Entretanto, em certos casos, não se faz possível a apreensão a arma de fogo utilizada para a prática do roubo, podendo gerar dúvidas acerca da viabilidade de aplicação da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, em face da alegada não constatação da potencialidade lesivo do material.

A dúvida decorre da confusão sobre a extensão do entendimento segundo o qual a arma deve ter potencialidade lesiva para a configuração da majorante, conforme decidido pela Terceira Seção do STJ no REsp 213.054 em 2002. De fato, naquela ocasião decidiu-se que somente a arma com potencialidade lesiva tem idoneidade para a configuração

58 HUNGRIA (1955, p. 55).

59 A Súmula 174/STJ foi cancelada. Cf. STJ, REsp 213.054/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 11.11.2002.



da majorante. Porém, jamais se registrou que a comprovação dessa potencialidade lesiva ocorra apenas mediante perícia.

Com efeito, certos instrumentos, como a arma de fogo, têm a potencialidade lesiva como característica intrínseca, *in re ipsa*, isto é, inerente à própria coisa. Destarte, caso a defesa alegue o contrário, sustentando ser o instrumento desprovido de potencialidade lesiva, será seu ônus provar essa alegação, nos termos do art. 156 do Código de Processo penal. Esse entendimento foi sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal em sua composição plenária, *in verbis*:

Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

(STF, HC 96099, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe 05.06.2009)

No mesmo sentido, o STJ pacificou a questão, decidindo a Terceira Seção da Corte que a potencialidade lesiva da arma empregada para intimidar a vítima do roubo pode ser demonstrada por outros meios de prova, sendo desnecessária a perícia:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO.

EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I – Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia

em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II – Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III – A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só – desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela – instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV – Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V – Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EREsp 961.863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011)

Portanto, sendo o roubo praticado com o uso de arma para intimidar a vítima, a potencialidade lesiva da arma se presume, sendo desnecessário a realização de perícia na arma e cabendo a defesa a prova em sentido contrário.

O Código Penal dispõe ser o roubo majorado quando a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância (art. 157, § 2º, III).

Nesse sentido, mister se faz entender que o termo valores indica não só dinheiro em espécie, senão tudo aquilo que tem

liquidez para ser convertido em pecúnia. É o que didaticamente leciona Magalhães Noronha: Refere-se a lei a valores, expressão genérica que abrange metais, pedras preciosas e outras coisas suscetíveis de conversão em dinheiro. E isto porque o que caracteriza a majorante não é a natureza da coisa móvel, mas a circunstância do ofício do sujeito passivo, o fato de achar-se em serviço de transporte de valores⁶⁰.

Destarte, na hipótese de roubo praticado em face de uma vítima funcionária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) que está transportando produtos valiosos, a aplicação da referida majorante é de rigor, conforme se colhe do seguinte precedente:

Deve incidir a majorante prevista no inciso III do § 2º do art. 157 do CP na hipótese em que o autor pratique o roubo ciente de que as vítimas, funcionários da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), transportavam grande quantidade de produtos cosméticos de expressivo valor econômico e liquidez. O inciso III do § 2º do art. 157 do CP disciplina que a pena aumenta-se de um terço até metade “se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância”. O termo “valores” não se restringe a dinheiro em espécie, devendo-se incluir bens que possuam expressão econômica (HC 32.121-SP, Quinta Turma, DJ 28/6/2004). Nesse contexto, cumpre considerar que, na hipótese em análise, a grande quantidade de produtos cosméticos subtraídos possuem expressivo valor econômico e liquidez, já que podem ser facilmente negociáveis e convertidos em pecúnia. Deve, portanto, incidir a majorante pelo serviço de transporte de valores (STJ, REsp 1.309.966-RJ, Rel. Min. Rel. Laurita Vaz, julgado em 26/8/2014).

60 NORONHA (1991, p. 249).

2.7 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÃO

Os delitos previstos na lei de licitação podem se dar de variadas formas. Tomando-se como exemplo o art. 89 da Lei nº 8.666/1993 tipifica a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

As formalidades para a dispensa ou inexigibilidade da licitação exigidas pela lei são inúmeras, de sorte que o crime pode ser cometido em diferentes graus de sofisticação. Quando esse grau de sofisticação for elevado, a maneira de execução do crime configura-se como aspecto relacionado ao delito idôneo para refletir na pena-base, conforme reconhece a jurisprudência:

O grau de elaboração no cometimento do crime, bem como a maior determinação dos réus em esconder dos órgãos de fiscalização as irregularidades cometidas durante a execução da empreitada conveniada devem pesar negativamente a título da diretriz circunstâncias do crime. (TRF4, APN 2004.04.01.017043-6, Quarta Seção, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 15/09/2010)

Diante disso, a maior sofisticação da prática dos delitos previstos na Lei nº 8.666/1993, seja por envolver maior complexidade, seja por dificultar o seu descobrimento, enseja a elevação da pena-base do acusado.

O montante do dano causado ao patrimônio público seja valorado como circunstância judicial negativa, no âmbito das consequências do crime, nos termos do art. 59 do Código Penal.

De fato, mesmo nos crimes materiais nos quais o dano patrimonial é ínsito ao tipo penal, a extensão do prejuízo causado é um aspecto do crime que o Julgador deve levar em consideração para individualizar a pena-base.

Nessa análise, não se está investigando a ocorrência de prejuízo ao Erário, pois isso já foi constatado no juízo positivo de tipicidade. O que se está determinando é a maior ou menor danosidade desse prejuízo. Como lembra Fernando Galvão, a expressividade dos danos causados à sociedade tem idoneidade para interferir no montante de pena a ser fixada: “O critério de análise pertinente às consequências do crime deve tratar dos efeitos concretos da conduta do agente, considerando-se a intensidade dos danos, ou do perigo de dano, causados à vítima, a terceiros ou à própria sociedade⁶¹.”

O próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu favoravelmente à necessidade de valoração do montante do prejuízo para se determinar a pena-base:

A fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal (aumento de apenas 1/12) está suficientemente fundamentada na consideração desfavorável das consequências do crime, as quais, de fato, emprestaram à conduta especial reprovabilidade, mormente em se considerando o prejuízo causado ao erário (mais de quinze mil reais na década de 90) de um pequeno município (STJ, AgRg no REsp 1293176/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

Desse modo, em quaisquer dos crimes previstos na Lei nº 8.666/1993, o juiz deve levar em consideração, para agravar a pena-base do réu, eventual prejuízo ao Erário de grandes proporções.

2.8 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Relativamente aos crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, incide a causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, pela qual a pena será aumentada de terça parte quando os autores dos crimes

61 GALVÃO (2013, p. 662).



previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgãos da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

O dispositivo é de redação um tanto defeituosa, tornando difícil o trabalho de interpretação.⁶² Uma primeira questão é a possibilidade ou não de aplicação a ocupantes de cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de autarquias, não mencionadas expressamente. A resposta é afirmativa. Claramente a norma quis abranger as autarquias, pois aludiu a todos os entes da administração direta e indireta e chegou a mencionar as fundações, espécies de autarquias, segundo a doutrina administrativista. A redação diz menos que o espírito da lei. Assim vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PARTICULARIZAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. SÚMULA Nº 284/STF. NÃO-CONHECIMENTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CAUSA DE AUMENTO. OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO OU DE FUNÇÃO DE DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO. INCLUÍDA AUTARQUIA.[...]

4. A disposição do parágrafo 2º do artigo 327 do Código Penal, inequivocamente, compreende implicitamente as autarquias, fazendo, com faz, enumeração que vai dos órgãos da administração direta aos entes paraestatais, suprimindo, assim, qualquer dúvida sobre os funcionários autárquicos, cuja exclusão caracterizaria interpretação de resultado absurdo.

62 Nesse sentido, por exemplo: PAGLIARO (2009, p. 22).

5. Recurso conhecido em parte e improvido.

(REsp 940.861/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 10/03/2008)

O dispositivo vem sendo interpretado no sentido de sua inaplicabilidade aos agentes políticos pelo mero fato de o serem:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO-DESVIO. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVANTES. ART. 62, I E II, DO CP. CARACTERIZAÇÃO. EXCLUSÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DO NÚMERO DE DELITOS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. VEREADOR. CAUSA DE AUMENTO. ART. 327, § 2º, DO CP. INAPLICABILIDADE. ANALOGIA IN MALAM PARTEM. INADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PARADIGMA NÃO COLACIONADO.

1. A conduta praticada pela recorrente amolda-se ao crime de peculato-desvio, tipificado na última parte do art. 312 do Código Penal.[...]

5. A norma penal incriminadora não admite a analogia in malam partem. Se o dispositivo não incluiu, no rol daqueles que terão suas penas majoradas em 1/3, os ocupantes de cargos político-eletivos, como o de vereador, não é possível fazer incidir a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal tão só em função de o delito ter sido praticado no exercício da função.[...]

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido, a fim de excluir a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, ficando a pena da recorrente reduzida a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais 20 dias-multa, no valor unitário fixado pelas instâncias ordinárias, restabelecido o regime

aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma da sentença.

(REsp 1244377/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014)

Contudo, é possível a aplicação da causa de aumento se o agente político detiver atribuições outras, como a de presidente de câmara de vereadores, porquanto será também funcionário público da administração direta, inclusive ocupando seu cume em muitos dos casos. Decidiram dessa forma o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Recurso ordinário em Habeas Corpus. Penal. Sentença condenatória transitada em julgado. Impossibilidade de admitir-se o habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal. Presidente da Câmara Legislativa. Peculato. Ausência de repasse das verbas descontadas. Exercício de função administrativa. Incidência da causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, do CP.

O habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal em face da ausência de ilegalidade flagrante em condenação com trânsito em julgado. Recurso não conhecido nesse ponto. É entendimento reiterado desta Corte que a causa de aumento de pena prevista no § 2º do art. 327 do Código Penal se aplica aos agentes detentores de mandato eletivo que exercem, cumulativamente, as funções política e administrativa. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(RHC 110513, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012)



PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE REPASSE DAS VERBAS DESCONTADAS. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 327, § 2º, DO CP. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA FUNÇÃO DE DIREÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. O Presidente da Câmara Municipal, além do exercício político como chefe do Poder Legislativo local, possui atribuições de caráter administrativo, como repasse das verbas descontadas da folha de pagamento de funcionários, de forma que o paciente equipara-se a funcionário público na função de direção da Administração Direta e, conseqüentemente, tem contra si o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, do CP.

2. Ordem denegada.

(HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE REPASSE DAS VERBAS DESCONTADAS. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 327, § 2º, DO CP. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA FUNÇÃO DE DIREÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.[...]

3. O Presidente da Câmara Municipal, além do exercício político como chefe do Poder Legislativo local, possui atribuições de caráter administrativo, como repasse das verbas descontadas da folha de pagamento de funcionários, de forma que o paciente equipara-



-se a funcionário público na função de direção da Administração Direta e, conseqüentemente, tem contra si o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, do CP.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 110.575/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 28/06/2010)

Igual raciocínio se aplica ao governador de estado, da administração direta, consoante doutrina⁶³ e jurisprudência (STF, Inq. 1.769, Velloso, Pl. 1/12/2004).

Importante também lembrar que, não se cuidando de elementar típica, a causa de aumento, consoante o art. 30 do Código Penal, não se aplica a coautores ou partícipes que não se enquadrem em uma das situações nela previstas.

Por óbvio, o fato de o agente delitivo não se encontrar em uma das situações da causa de aumento não impede que a qualidade de funcionário de determinada espécie seja valorada a outro título, como na culpabilidade. O que não pode haver é a valoração na pena da mera qualidade de funcionário público, elementar típica, sob pena de *bis in idem*. Se o agente delitivo é funcionário público de algumas categorias, deve receber sanção maior, consoante o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PECULATO. AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL NÃO SE CONFUNDEM COM AS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NO § 2º DO ARTIGO 327 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. EXERCÍCIO DE CHEFIA DE ESCRIVANINHA DE PAZ. RECOLHIMENTO INDEVIDO DE ITBI. DESPREZO AO

63 BALTAZAR JÚNIOR (2010, p. 124).



MUNUS PÚBLICO EXERCIDO. APROVEITAMENTO DA BOA-FÉ DE CIDADÃOS COMUNS. CULPABILIDADE INTENSA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL MANTIDA. ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NÃO DISCUTIDO NO WRIT. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O parágrafo § 2º do artigo 327 do Código Penal estabelece causas de aumento que incidem na terceira etapa do sistema trifásico de fixação da pena preconizado por Nelson Hungria, hipóteses que não se confundem com circunstâncias judiciais desfavoráveis consideradas na fixação da pena-base, primeira etapa do cálculo da reprimenda. O fato de uma circunstância não estar prevista no parágrafo 2º do artigo 327 do Código Penal não obsta que o dado seja sopesado pelo magistrado na análise da culpabilidade do agente.

2. É ilógico exigir-se previsão legal para o reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, justamente porque decorre de construção judicial, conforme elementos fáticos encontrados nos autos, daí a margem de discricionariedade dada ao magistrado para que possa julgar, dentro dos limites legais, considerando a singularidade do caso concreto.

3. O desprezo ao munus público exercido associado ao aproveitamento de confiança depositada por cidadãos comuns intensificam o grau de reprovação da conduta do agente. Mantida a circunstância judicial desfavorável.[...]

5. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no HC 107.553/SC, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2008, DJe 13/10/2008)



Ademais, a causa de aumento se destina aos agentes delitivos que ocupem os cargos ou funções nela previstos, não incidindo se praticados contra eles.

Importante lembrar que, por força do art. 92 do Código Penal, boa parte das condenações por crimes contra a administração deve acarretar a decretação da perda do cargo público, da função pública ou do mandato eletivo. Com efeito, a perda deve ocorrer (art. 92, I, “a” e “b” do Código Penal: “a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública”; ou “b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”).

Os crimes funcionais, via de regra, envolverão abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, além de pena igual ou superior a um ano, de modo que a decretação da perda será necessária. De acordo com o parágrafo único do art. 92 do Código Penal, esse efeito da sentença não é automático. Por isso, é importante que o Ministério Público provoque o juiz a decretar a perda, motivadamente, cabendo embargos de declaração caso se omita quanto a essa questão.

Também vale consignar que não impede a decretação da perda o fato de o agente delitivo ter sido demitido ou exonerado administrativamente. É que, mesmo afastado da função pública por decisão administrativa ou por decisão de outro juízo, em face do princípio da independência da instância penal, faz-se mister a expressa decretação de perda da função pública como consequência da sentença penal condenatória.

Basta, por exemplo, pensar-se na possibilidade de anulação judicial do processo administrativo por alguma irregularidade de cunho meramente formal no seu procedimento, o que poderia acarretar a



reintegração do agente, para que se conclua pela imprescindibilidade de manifestação judicial sobre a perda do cargo.

Na linha do que aqui se defende, o seguinte acórdão:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO EM DETRIMENTO DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL – CEF. CONTINUIDADE DELITIVA. ARTIGO 312 C/C 71 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PERPETRADA POR EMPREGADO DA CEF NA FUNÇÃO DE GERENTE DE AGÊNCIA. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. (CP, ART. 327). DEMISSÃO NA SEARA ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO DA ACUSAÇÃO: PERDA DE EMPREGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. RESGUARDO À MORALIDADE E PROIBIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS. EFEITO PERMANENTE DA CONDENAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS (CP, ART. 92, I, 'a'): PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 01 ANO E CONDUTA QUE VIOLOU DEVER FUNCIONAL. DECRETAÇÃO DA PERDA DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA (DISCRICIONARIEDADE) CONJUGADA COM OS REQUISITOS OBJETIVOS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA: ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO (CPP, ART. 386, VI). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO[...]

4 – A perda de cargo ou função pública é efeito específico da condenação, não automático, que reclama motivação adequada. Embora a lei penal se refira expressamente a cargo ou função pública (CP, Art. 92, I), é possível a decretação da perda do emprego mantido



junto à administração pública indireta da União, tendo em vista não haver dúvidas de que fora a intenção do legislador extirpar dos quadros da administração pública (qualquer que seja o regime de trabalho), aquele que causou dano ao erário.

5 – A demissão na seara administrativa não impede a perda do emprego, enquanto efeito específico da condenação (CP, Art. 92, I, 'a'), uma vez considerada a independência das esferas, especialmente, tendo em conta que a determinação revela-se necessária para obstar eventual reintegração.

6 – Nos crimes de peculato, a importância do bem jurídico protegido vai além da questão meramente patrimonial, uma vez que a norma penal incriminadora visa tutelar a moralidade e a probidade dos agentes públicos, que não estariam devidamente resguardados se se permitisse, v.g., a permanência do empregado da CEF (equiparado a funcionário público – CP, Art. 327) infrator no exercício de suas funções (gerente de agência) ou mesmo permitindo o seu reingresso na instituição bancária pública.

7 – A decretação da perda de cargo público demanda motivação específica (discricionariedade) conjugada com os requisitos objetivos (CP, Art. 92), presentes na hipótese: a) pena privativa de liberdade superior a 01 ano; b) violação de dever funcional para com a administração pública – no caso – empresa pública federal (CEF).

8 – Acolhe-se o recurso da acusação, considerando a pena aplicada e a conduta do acusado, que causou quebra de confiança no desempenho dos seus deveres funcionais, além de prejuízo considerável à CEF, para declarar a perda do emprego (CP, Art. 92, I, 'a') exercido na referida instituição bancária pública pelo acusado, como efeito da condenação. [...]

12 – Apelação do Ministério Público Federal provida.

13 – Apelação do réu improvida.



Serão objeto de análise específica dos crimes contra a administração do Código Penal o peculato, a corrupção e a concussão. É desnecessário repetir as considerações sobre a dosimetria da parte geral. O que se consignou na ocasião se aplica a esses crimes, com as mudanças que se mostrarem necessárias nos casos concretos.

Assim, por exemplo, o valor desviado no peculato deve repercutir na dosimetria da pena pelas consequências delitivas do art. 59 do Código. Não é possível determinar critérios matemáticos para relacionar o valor e o aumento da pena, tampouco o montante mínimo a partir do qual a pena deve ser majorada. De toda sorte, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o aumento da pena quando o peculato envolveu pouco mais de R\$ 40 mil:

HABEAS CORPUS. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXACERBADO À VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA REPRIMENDA EM 2/3. PROPORCIONALIDADE. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A gravidade exacerbada da lesão, que ocasionou ao todo um prejuízo de R\$ 46.441,00 ao banco, justifica a valoração negativa das consequências do delito.
2. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de majoração da pena pela reincidência, verifica-se que as instâncias ordinárias exasperaram a reprimenda em apenas 1/8, fração muito aquém do patamar de 1/6, o qual tem sido o erigido pela doutrina



e pela jurisprudência como fração média razoável e proporcional a ser utilizada em razão da reincidência, de maneira que não se vislumbra nenhuma ilegalidade a ser sanada nesse ponto.

3. Segundo orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o aumento da pena pela continuidade delitiva prevista no caput do art. 71 do Código Penal se faz, basicamente, em razão do número de infrações praticadas (critério objetivo).

4. Verificada a prática de 75 delitos de peculato, mostra-se correto o aumento de 2/3 procedido por força do crime continuado.

Precedentes.[...]

6. Ordem denegada.

(HC 141.884/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 05/09/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE PECULATO. ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE. PENA DE MULTA. CRITÉRIO TRIFÁSICO UTILIZADO PARA COMINAR A SANÇÃO SEGREGATIVA, CONSIDERANDO AINDA A CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. CORREÇÃO DE MERA IMPRECISÃO, SEM EFEITOS NO DECISUM. ARGUIDO *bis in idem* NA DOSIMETRIA. QUESTÃO NÃO PREQUESTIONADA. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE QUE ENSEJASSE A CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.[...]



3. Quanto às circunstâncias do crime, o acórdão impugnado apresentou fundamentação apta à fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois considerou, concretamente, os elementos acidentais que extrapolam o tipo básico previsto no art. 312 do Código Penal. O Tribunal a quo consignou o alto grau de elaboração na prática do ilícito. O Agravante engendrou a conduta delituosa, cooptando os corrêus, ocultando e destruindo vestígios, de forma cautelosa e sistemática, com o fim de se livrar do controle da Caixa Econômica Federal.

4. A aferição da personalidade foi perfeitamente realizada, pois constam elementos suficientes e bastantes para levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Com efeito, segundo o laudo psiquiátrico, o Agravante é portador de distúrbio denominado anti-social, sendo que “os atributos do criminoso, mencionados pelo expert (desprezo das obrigações sociais, falta de empatia e desvio considerável entre o seu comportamento e as normas sociais estabelecidas, destacando-se que as experiências adversas não modificam seu comportamento etc.), representam os sintomas do transtorno de personalidade”.

5. As consequências dos crimes também se revelam desfavoráveis, uma vez que restaram comprovados os enormes prejuízos econômicos, de grande monta, estimados, à época, em cerca de R\$450.000,00. A vultosa quantia desviada justifica a maior reprovação.[...]

8. Agravamento regimental parcialmente conhecido e desprovido.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1113688/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014)

O Superior Tribunal de Justiça aceita a majoração da pena pelo fato de os delitos terem sido cometidos em localidade pobre, cujos habitantes são pessoas humildes e sem acesso a políticas públicas:



PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MENÇÃO AO FATO DE O DELITO TER SIDO PRATICADO EM COMUNIDADE FORMADA POR PESSOA HUMILDES E QUE NECESSITAM DE DIVERSAS POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE AÇÕES PENAIS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 444/STJ). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONSIDERAÇÃO DA PRÁTICA DO PRÓPRIO CRIME COMO DADO CONCRETO A JUSTIFICAR A DESFAVORABILIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS DO CRIME. UTILIZAÇÃO DE EXPRESSÕES VAGAS E MENÇÃO AO LUCRO FÁCIL, INERENTE AO TIPO PENAL. INVIABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MENÇÃO AOS EFEITOS CONCRETOS DA AÇÃO PRATICADA PELO PACIENTE. INEXISTÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO PARCIAL.

1. Na primeira fase da dosimetria da pena, cabe ao julgador fundamentar concretamente a consideração de cada circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal, de acordo a discricionariedade vinculada conferida por lei.
2. Evidenciado que as instâncias ordinárias lograram demonstrar a maior reprovabilidade da conduta imputada ao paciente, com menção a elementos que desbordam do próprio tipo penal de peculato, não há falar em constrangimento ilegal em razão da consideração negativa da referida circunstância judicial.



3. O fato de o delito contra a Administração ter sido praticado em comunidade formada, quase em sua totalidade, por pessoas humildes e carentes das mais diversas políticas públicas pode ser considerado negativamente, a título de circunstâncias do crime, pois cuida-se de elementos concretos que revelam o contexto em que o paciente, na condição de presidente da Câmara de Vereadores do município, praticou a conduta delituosa, evidenciando que, além de a comunidade ter sido privada do mínimo necessário e ter sido lesada na escolha do parlamentar, dificilmente se mobilizaria para fiscalizar as ações do acusado.
4. Verificado que as condenações a que se fez menção, a título de maus antecedentes, não transitaram em julgado, mostra-se inviável o aumento da pena-base com fundamento na referida circunstância judicial (Súmula 444/STJ).
5. A afirmação a respeito da personalidade do agente, consubstanciada na prática do próprio crime a ele imputado, se desvinculada de outros elementos que demonstrem a boa ou má índole do acusado, não é hábil a justificar o aumento da pena-base.
6. Os motivos e as consequências do crime, se desconectados de elementos que desbordam do próprio tipo penal, não são aptos a justificar a exasperação da reprimenda na primeira fase. O lucro fácil e a repercussão do delito na comunidade são exemplos de circunstâncias inerentes ao crime em apreço.
7. Ordem parcialmente concedida para afastar quatro circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis (antecedentes e personalidade do réu, motivos e consequências do crime) pelas instâncias ordinárias, resultando a pena definitiva em 10 anos de reclusão e 49 dias-multa.



(HC 148.384/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 22/10/2012)

O crime de corrupção passiva do art. 317 do Código Penal tem causa de aumento de pena no seu § 1º, redigido como segue: “§ 1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.”

Essa causa de aumento configura a chamada corrupção própria, na qual o funcionário público se omite na prática de ato ou o retarda indevidamente ou pratica atos com infração de dever funcional. Na modalidade do *caput*, não há a ação ou a omissão ilícita posterior à vantagem ou promessa, o que justifica a majoração do § 1º.

O dever funcional infringido pela ação ou pela omissão não precisa estar previsto em lei em sentido estrito, podendo constar de regulamentos, circulares, ordens do chefe, costumes administrativos e outros.⁶⁴

A forma privilegiada do delito, a seu turno, caracteriza-se pela ausência de venalidade, de vantagem indevida, pois, nos termos do § 2º, “o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem”. A redação não traz dificuldades, sendo desnecessárias considerações adicionais sobre o dispositivo.

O crime de concussão também não tem causas específicas de aumento ou de diminuição de pena. Por sua vez, apresenta qualificadoras nos §§ 1º e 2º, de fácil compreensão e que não demandam análise.

Em alguns casos, a pena tem sido aumentada pela maior culpabilidade no crime cometido por funcionários públicos, como delegados:

64 PAGLIARO; COSTA JR. (2009, p. 123).



PENAL – EMBARGOS INFRINGENTES – CONCUSSÃO – ART. 316 DO CP – DOSIMETRIA DA PENA – PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – DELEGADO DE POLÍCIA – ART. 299 DO CP – PRESCRIÇÃO

I – A fixação da pena base bem acima do mínimo legal se deu de forma fundamentada em virtude da consideração da culpabilidade, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, que militam em desfavor do acusado; II – A despeito da qualidade de funcionário público ser elemento do tipo penal imputado ao Réu, sendo ele Delegado da Polícia Federal, sua conduta possui acentuada reprovação, mormente diante da repercussão para a dignidade do cargo e para a própria instituição, reprovação esta que impede a fixação da pena mínima como pena base; [...]

IV – Embargos Infringentes desprovidos.

(EACR 9702460719, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 – PRIMEIRA SEÇÃO, DJU – Data:07/11/2005 – Página: 135.)

O crime é formal e não apresenta peculiaridades relativamente à continuidade delitiva. Por isso, a reiteração mensal da exigência configura crimes autônomos, devendo incidir a causa de aumento da continuidade delitiva, se presentes todas as condições do art. 71 do Código Penal:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. (1) DOSIMETRIA (A) FIXAÇÃO DA PENA-BASE. (i) MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS PENAIIS EM CURSO. NÃO APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES. DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. COGNIÇÃO DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. (ii) CONDIÇÃO DE PREFEITO.



CONLUIO COM PRESIDENTE DE AUTARQUIA MUNICIPAL E EX-DIRETOR DE EMPRESA VÍTIMA. ASPECTOS LIGADOS À MAIS PROPÍCIA AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (B) CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DA PENA. DOIS TERÇOS. ESQUEMA DE COBRANÇA MENSAL DE PROPINA. DURAÇÃO DE MAIS DE UM ANO. CONSTRANGIMENTO. AUSÊNCIA. (2) REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CINCO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. A fixação da pena-base deve ser lastreada em dados concretos, que se refiram aspectos externos à descrição típica. A apreciação dos antecedentes depende da escorreita instrução do writ. Ausente a apresentação da certidão de antecedentes, tem-se por inviabilizado o exame respectivo. Não se apura carência de motivação na exasperação da pena-base calcada na condição de prefeito municipal aliada ao conluio com o presidente de autarquia municipal e com o ex-diretor da empresa vítima. Tal contexto autoriza apurar uma condição mais propícia à afetação do bem jurídico.

2. Na cristalização do aumento de pena na continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas, sendo adequado estabelecer-se no máximo a exasperação quando da prática mensal, por mais de um ano, da cobrança de propina, em esquema que teria rendido U\$\$ 2.320.000.

3. Não há irregularidade no estabelecimento do regime inicial fechado para pena superior a quatro e aquém de oito anos, desde que militem em desfavor do condenado circunstâncias negativas, como estatui o art. 33, § 3.º, do Código Penal.

4. Ordem denegada.



(HC 117.514/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 05/12/2011)

O Decreto-lei nº 201/1967 não traz nenhuma regra específica de dosimetria da pena. De peculiar no diploma normativo, há apenas a sanção do art. 1º, § 2º, de “perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”. Assim, cabe somente traçar algumas considerações sobre as normas gerais de dosimetria da pena relativamente a esses delitos.

Na primeira fase da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o aumento de pena, pela maior culpabilidade, em decorrência da destinação das verbas apropriadas, obras emergenciais por causa de chuvas:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO. EQUÍVOCOS. FALTA DE INDICAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. APRECIAÇÃO DE TESES CONSTANTES DO RECURSO NÃO ADMITIDO. DESCABIMENTO. APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS (ARTS. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 E 299 DO CP). DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES FLAGRANTES. CONSTATAÇÃO. WRIT DEFERIDO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.[...]

3. Valorada negativamente a culpabilidade, em razão de a prática delitiva ter ocorrido numa situação emergencial, em que as verbas públicas seriam utilizadas nos reparos causados pelas chuvas, em especial, no que diz respeito à população menos favorecida, não



cabia ao Juízo a quo utilizar o mesmo fato para atribuir desvalor aos motivos e às circunstâncias do crime. Ao assim proceder, incorreu no indevido *bis in idem*. [...]

7. Remanescendo tão só a pena imposta quanto ao delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, a qual foi redimensionada para 4 anos e 6 meses, é possível ao ora embargante, que é primário, iniciar o seu cumprimento em regime semiaberto.

8. Embargos de declaração rejeitados. Habeas corpus concedido de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao embargante pelos crimes tipificados nos arts. 299 do Código Penal e 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, em razão do afastamento da valoração negativa dos antecedentes, em relação a ambos os delitos, e, apenas quanto ao último, do afastamento do desvalor atribuído também aos motivos e às circunstâncias do crime, bem como para fixar o regime inicial semiaberto. De ofício, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, fica extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, do crime do art. 299 do Código Penal, nos termos do art. 107, IV, c/c os arts. 109, IV, 110, § 1º, e 114, II, do mesmo estatuto.

(EDcl no AgRg no AREsp 171.834/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013)

O Superior Tribunal de Justiça também reconheceu a necessidade de aumento de pena pelas circunstâncias, o uso de documentos falsos, e as consequências, porquanto o delito foi praticado em município pequeno, com 14 mil habitantes, de modo que a ausência dos recursos repercutia mais intensamente que em outros casos:

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.



DESAVORABILIDADE DE ALGUMAS. FUNDAMENTAÇÃO PORMENORIZADA. EXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA, INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.[...]

2. A elevação da pena-base encontra-se justificada diante da gravidade das circunstâncias que envolveram a empreitada criminosa, bem como das consequências danosas ao erário público, mormente em se tratando de Município de pequeno porte, com recursos limitados, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada, proporcional aos atos criminosos cometidos pelo agente.[...]

(HC 150.541/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012)

A localização do município em área sujeita a seca foi valorada como consequência desfavorável pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ART. 1.º, INCISOS I DO DECRETO-LEI N.º 201/67. CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS EM PROVEITO DE TERCEIRO. RECURSO ADESIVO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. NÃO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTE DESTA TURMA. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. REAVALIAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL “CONSEQUÊNCIAS DO CRIME”. REPERCUSSÃO SOCIAL PROVOCADA PELO



DESVIO DE RECURSOS. POSSIBILIDADE. REGIME SEMI-ABERTO. VEDADA A SUBSTITUIÇÃO. ART. 44, I, DO CP. [...]

2. O Ministério Público Federal apela da sentença do Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que julgou procedente em parte a pretensão punitiva estatal, condenando o apelado, ex-prefeito do Município de Fagundes/PB, à pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67, em regime inicial aberto, substituída por uma pena restritiva de direito e multa, além de inabilitação pelo prazo de 05 (cinco) anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

3. A instrução processual confirmou, a toda evidência, o que foi apurado nos autos do procedimento administrativo MPF/PRM-CG/PB n.º 1.24.001.000115/2003-58, confirmando que no exercício financeiro de 1996, o referido município, representado pelo acusado, celebrou o Convênio n.º 106/96 (fls. 77/84 do apenso) com o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, através do qual foram repassados àquele Município, recursos no montante de R\$ 90.013,55 (noventa mil, treze reais e cinquenta e cinco centavos – fl. 63 do apenso), cujo objeto era a construção de um açude no Sítio Souza, para abastecimento da população daquela municipalidade.

4. As irregularidades no Convênio nº 106/96, firmadas pelo referido Município à época dos fatos desencadearam a instauração de Tomada de Contas Especial pelo órgão cedente, culminando com o Tribunal de Contas da União julgando irregulares as contas do acusado.

5. Levando em conta a repercussão social do dano infligido àquela comunidade, além de hipossuficiente e sujeita aos efeitos da seca, sob a influência da cupidez do administrador público que trata



a coisa pública como se privada fosse, tem-se por pertinente a irresignação do Ministério Público Federal.

6. Merece ser revisto o tópico da sentença quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, recrudescida na circunstância “consequências do crime”, para fixar a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tornando definitiva ante a inexistência de circunstância agravantes e atenuantes e de causas de aumento e de diminuição, a ser cumprido em regime semiaberto, vedada a substituição diante da incidência do art. 44, I, do CP. Apelação criminal provida.

(ACR 200505000159293, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 01/08/2013 – Página: 270.)

A maior reprovabilidade igualmente foi aceita em casos de dano patrimonial expressivo e fraude à licitação:

HABEAS CORPUS. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 207/67. TESE DE INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. VIA IMPRÓPRIA. APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ANÁLISE INVIABILIZADA. IMPETRAÇÃO DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDA. ORDEM DENEGADA.[...]

2. Justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal porque o dano patrimonial foi expressivo e o crime de apropriação de rendas públicas foi cometido mediante fraude à licitação e falsificação de documentos, o que certamente traz maior reprovabilidade à conduta do Paciente.[...]



4. Habeas corpus denegado.

(HC 131.905/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 07/06/2011)

A culpabilidade intensa também teve fundamento nos valores desviados e no fato de a esposa do prefeito ser destinatária de parte da quantia:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA. ART. 1º, I, DO DECRETO 201/67. RECEBIMENTO INDEVIDO DE INDENIZAÇÃO DE DIÁRIAS DE VIAGENS. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXACERBADA DE MODO DESPROPORCIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. No que se refere à culpabilidade, utilizou-se o magistrado de requisito inerente à própria caracterização do crime, tendo em vista que a circunstância de o réu, na condição de prefeito municipal, ter deixado de “honrar o mandato que lhe foi outorgado pelo povo”, subsume-se a conduta descrita no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

2. Por outro lado, a sentença condenatória reconheceu corretamente que a culpabilidade do acusado se revelou intensa, na medida em que se apropriou de quantias significativas do erário municipal, recebidas a título de indenização de diárias para viagens que não se efetivaram, auferindo vantagens indevidas para si e sua esposa, circunstância essa que extrapola a censurabilidade do próprio tipo penal e, portanto, merece reprovação.

3. Em relação aos maus antecedentes, no caso, não há qualquer documento que comprove que a certidão apontada pelo magistrado se refere somente a expedição e distribuição de cartas precatórias. De qualquer forma, a revisão dos elementos considerados para esse

fim demandaria aprofundada incursão na seara fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus.

4. De notar, contudo, que tal afirmativa vai de encontro com a certidão a que se reporta o Juiz sentenciante, uma vez que o documento faz referência a uma execução penal, como bem ressaltou o Ministério Público Federal.

5. No que diz respeito aos motivos e às circunstâncias do crime, os fundamentos utilizados também são suficientes para a manutenção da fixação da reprimenda um pouco acima do mínimo legal. Entretanto, observa-se que o Juiz a quo não fez a menção a dados concretos dos autos que embasassem a conclusão desfavorável acerca da conduta social, eis que os motivos utilizados são estranhos ao fato pelo qual o réu está sendo punido e, por isso, não podem ser considerados.

6. Por fim, processos administrativos ou cíveis não servem para valorar negativamente a personalidade do agente, configurando constrangimento ilegal a exasperação da pena-base também nesse ponto.

7. Habeas corpus concedido para, decotando a indevida majoração da pena-base, reduzir a reprimenda recaída sobre o paciente, de 8 (oito) anos de reclusão, para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

(HC 55.251/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 04/05/2011)

A origem ou a destinação das verbas igualmente vem sendo levada em conta. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região admite a majoração da pena se, por exemplo, os crimes envolvem recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EX-PREFEITA. APROPRIAÇÃO DE VERBAS REPASSADAS PELO FNDE (ART.1º, I, DEC-LEI 201/67). CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECURSO DA DEFESA. APELO MINISTERIAL ATACANDO A DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DEVIDAMENTE VALORADAS PELO JUÍZO A QUO. RECURSO IMPROVIDO, NOS TERMOS DO PARECER DA DOUTA PRR.

1. Processada por apropriação de verbas públicas (recursos repassados ao município de Coronel João Pessoa/RN pelo FNDE), a hoje ex-prefeita foi condenada às penas de 04 anos e 03 meses de reclusão, inabilitação para exercício de cargo ou função pública por 05 anos e reparação dos danos causados. Ela não recorreu, sendo que o MPF apelou atacando (apenas) a dosimetria da pena privativa de liberdade;
2. Cuida-se, pois, de apelação interposta pelo Ministério Público Federal, que requer o aumento da pena aplicada a ré pela prática do crime previsto no Art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67. Fala do desejo de que sejam valoradas negativamente (CP, Art. 59) a culpabilidade e a circunstâncias do crime;
3. O fato de a ré ser ordenadora da despesa não é razão para exasperação da pena-base, porquanto o crime, sendo próprio, já reclama a condição de prefeito para que seja cometido, algo – desde sempre – política e juridicamente mais significativo que a mera função de ordenar os pagamentos;
4. De outro lado, o fato de a ré ter emitido, a si mesmo, cheques da conta do FNDE, se de um lado revela ousadia, de outro já parece ter sido adequadamente punido na instância originária, que (na pena-base) exacerbou a punição mínima (02 anos) em mais de 100% (para 04 anos e 03 meses de reclusão);



5. Apelação improvida, nos termos, aliás, do pronunciamento da douta Procuradoria Regional da República.

(ACR 00005586120104058401, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 15/05/2014 – Página: 141.)

Em outros casos, a punição foi elevada por se tratar de verbas recebidas mediante convênio com a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) ou destinadas a melhorias sanitárias, de modo que o desvio impediu o exercício do direito constitucional à saúde:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A FUNASA (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67). APELAÇÃO DO RÉU. PREJUDICIAIS DE MÉRITO. NÃO ACOLHIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. APELAÇÃO DO MPF. RÉU QUE ATUAVA COMO “LARANJA”. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RÉU EX-PREFEITO. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUE EXTRAPOLAM AS DO TIPO PENAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...]

8. Dosimetria da pena. Pena-base. Faz-se clara a intensa reprovabilidade da conduta em tela, porquanto o acusado era plenamente dominus suorum actuum à época do ato delituoso, inexistindo quaisquer ínfimas circunstâncias exteriores à sua vontade que o premisssem, confrangendo-o a agir de modo contrário ao direito, agindo o réu por cupidez e



desrespeito à coisa pública. As consequências do delito mostraram-se anormais, “haja vista que a errônea aplicação das verbas públicas pelo gestor prejudicou o usufruto, por parte da população, de direito básico constitucionalmente previsto, qual seja a saúde” (ACR 10131, Rel. Des. Margarida Cantarelli, TRF 5 – Quarta Turma, DJE – Data: 26/09/2013). No mesmo sentido: ACR 9598, Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta (convocada), TRF 5 – Primeira Turma, DJE – Data: 01/08/2013.

9. Ausentes circunstâncias legais atenuantes ou agravantes, bem como quaisquer causas de diminuição ou de aumento da pena, fixa-se a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (33 do CP), estando o réu inabilitado para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 1º, parágrafo 2º do Decreto-lei nº 201/67.

10. Apelação do MPF parcialmente provida, para manter a absolvição de ASLF e aumentar a pena imposta a ACCD.

(ACR 00041772020104058200, Desembargador Federal Frederico Koehler, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 03/02/2014 – Página: 75.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. DOSIMETRIA. [...]

3. Os autos demonstram que o réu desviou 95% do valor que seria destinado à implementação de melhorias sanitárias domiciliares, montante que corresponde ao valor histórico de R\$ 113.275,15, mediante a realização de pagamentos ao fornecedor (Ello

Empreendimentos e Serviços Ltda.), não se importando com a entrega das obras.

4. Correto o sopesamento negativo das consequências do delito em virtude da maior danosidade decorrente da ação delituosa praticada, em que as verbas desviadas estavam destinadas à realização de melhorias sanitárias nos domicílios da parcela mais carente da comunidade local. Majoração da pena base em um ano, com a sua fixação em 3 (três) anos de reclusão, que se encontra dentro dos padrões de proporcionalidade.

5. Apelações não providas.

(ACR 00009848520104058300, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 18/10/2012 – Página: 312.)

O raciocínio é o mesmo em se tratando de verbas destinadas à construção de escola, cujo desvio dificulta a efetivação do direito fundamental à educação:

PENAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CONVÊNIO FIRMADO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA ESCOLA. VERBAS DIRECIONADAS PARA A REFORMA DE UMA UNIDADE ESCOLAR EXISTENTE. LIBERAÇÃO DE RECURSOS UM DIA APÓS O RECEBIMENTO. ATESTADO DE CONCLUSÃO DE OBRA EM ESTADO PRECÁRIO. ANTECIPAÇÃO INDEVIDA DE PAGAMENTO À EMPRESA. DOLO DO AGENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DE PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59, DO CP. APELO IMPROVIDO.

1. Ex-Prefeito do Município de Paulista/PE, condenado pelo desvio de verbas recebidas pelo Município referentes ao Convênio firmado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, no valor de R\$ 151.813,60 (cento e um mil, oitocentos e treze reais e sessenta centavos), tendo por objeto a construção de uma escola urbana e aquisição de equipamento escolar, com vigência até 24.10.1995, tendo os recursos sido integralmente repassados para a conta específica do convênio em 22.02.1995 e repassados à empresa no dia seguinte, pela pretensa execução do objeto do convênio em 04.10.1995, sendo, todavia, atestado pelo Ministério da Educação e do Desporto, que, na verdade, o valor foi destinado à reforma de escola já existente, sem o recebimento de equipamento escolar, sem a conclusão do serviço contratado, dado como findo em maio de 1996.

2. Autoria e materialidade comprovadas. Conduta dolosa. Prefeito que, apesar de ter firmado o convênio para construção de escola, utilizou as verbas conveniadas para o término da construção de escola parcialmente construída, liberando as verbas um dia após o seu recebimento, atestando a aceitação da obra pela Prefeitura no sentido de que “foram obedecidos os padrões técnicos exigidos, encontrando-se a unidade em perfeito funcionamento e atendendo plenamente à população”, apesar de o relatório de vistoria técnica do MEC ter atestado a deficiência do acabamento e da funcionalidade da reforma e a ausência de entrega do equipamento escolar.

3. Apelante que, no tocante à culpabilidade, circunstâncias e consequências do delito granjeou conceito desfavorável relativo aos requisitos judiciais, o que autoriza a fixação da pena-base em quantum acima do mínimo legal, sendo respeitado o sistema trifásico imposto pelo Diploma Penal.

4. Dosimetria da sentença que remeteu à fundamentação a negatividade das circunstâncias do crime, porque o Apelante participou ativamente do processo de desvio das verbas públicas e atestou falsamente obra em péssimo estado e das consequências do delito, considerando prejudicial o dano ao Erário Público e à população local, que não fora beneficiada com obra pública necessária para a educação municipal, já combalida pela falta de recursos, e que poderia ter sido melhorada se os recursos destinados à melhoria da escola e ao fornecimento de equipamentos escolares tivessem sido efetivamente aplicados e não desviados como foram.

5. Sopesados os requisitos do art. 59, do Código Penal, ante a presença de 03 (três) circunstâncias desfavoráveis ante as 08 (oito) a serem consideradas para a fixação da pena, nos termos do art. 59, do Código Penal, não há impedimento à fixação da pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, mais próxima do mínimo legal de 02 (dois) anos do que do máximo legal de 12 (doze) anos de reclusão, tornada definitiva ante a ausência de agravantes e atenuantes e de majorantes ou minorantes.

6. Manutenção das penas de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública e suspensão de direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do parágrafo 2º, do art. 1º, do Decreto-lei nº 201/67.

7. Apelação improvida.

(ACR 200305000346783, Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 23/04/2013 – Página: 273.)

PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. EXPREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTANA DO MUNDAÚ-AL. FATOS PRATICADOS EM SUA GESTÃO. RECURSOS REPASSADOS PELO FNDE. PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA – PDDE. ART. 1º, I e VII, DO DECRETO-LEI



201/67. PRESCRIÇÃO QUANTO AO DELITO DO INCISO VII. NÃO COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DOS MATERIAIS SUPOSTAMENTE ADQUIRIDOS PELA PREFEITURA. CRIME DO INCISO I CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DOSIMETRIA CORRETA DA PENA. IMPROVIMENTO. [...]

IV – Quanto à dosimetria, o magistrado a quo valorou corretamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, considerando desfavorável apenas as consequências do delito, visto tratar-se de conduta que desviou recursos destinados à educação, protegida constitucionalmente na condição de direito fundamental. Já no que tange às circunstâncias do crime e à culpabilidade do agente, não há nenhuma peculiaridade apta a ensejar a majoração da pena.

V – Apelações improvidas.

(ACR 200780000011800, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 02/08/2012 – Página: 615.)

O desvio de verba de merenda escolar repercute na pena por via da circunstância judicial da consequência do art. 59 do Código Penal:

PENAL. PREFEITO. CONVÊNIO. MERENDA ESCOLAR. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. SAQUES REALIZADOS EM CONTA PÚBLICA EM PROVEITO PRÓPRIO. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. NOTAS FISCAIS, DECLARAÇÕES E TESTEMUNHOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA APLICAÇÃO DA VERBA PÚBLICA NA COMPRA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. GRAVIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS. ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS. SAQUES DIVERSOS. CONTINUIDADE DELITIVA. RESSARCIMENTO À VÍTIMA. bis in idem. NÃO

COMPROVAÇÃO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. [...]

9. Com relação à dosimetria da pena, partindo do mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, verificou, o Julgador, como desfavorável a circunstância judicial da consequência, diante do desvio de verbas públicas para a merenda escolar. Como a finalidade da verba é de relevante cunho social, verifica-se que a majoração em 1 (um) ano da pena foi bastante razoável, fixando, assim, a pena-base em 3 (três) anos. Não há o que ser revisto nesse ponto.

10. No tocante ao reconhecimento da continuidade delitiva, em razão da realização de mais de um saque na conta da Prefeitura, sem que tenha sido requerido na denúncia, não encontra óbice legal, nem afronta o princípio da correlação, haja vista que o réu se defende dos fatos e não da capitulação apresentada na denúncia. 11. Como o agente, conscientemente e de forma voluntária, valendo-se de sua condição de Prefeito do Município de Olivença/AL, efetuou quatro saques das contas da Prefeitura, desviando os valores em proveito próprio, cometeu o crime previsto no art. 1, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em continuidade delitiva, haja vista que mediante mais de uma ação, no caso quatro saques realizados em proveito próprio, em curso período de tempo, praticou crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, sendo de se considerar a prática de crime continuado, consoante previsto no art. 71 do Código Penal.

12. Precedentes: TRF1, Quarta Turma, ACR 200137000075657, relator Desembargador Federal Ney Barros Bello Filho, DJ 21/09/2007; TRF3, Segunda Turma, ACR 37802, relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, e-DJF3 10/02/2011; TRF5, Primeira Turma, ACR 5411, relator Desembargador Federal César Carvalho, DJ 28/03/2008.

13. O aumento da pena na fração de 1/3 (um terço) observou à quantidade de crimes praticados, em número de 4 (quatro), sendo

razoável a majoração para obter a pena concreta de 4 (quatro) anos de reclusão, com a substituição por restritivas de direito.[...]

15. Improvimento do recurso de apelação.

(ACR 00003692220104058001, Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 28/02/2013 – Página: 174.)

É certo que a aludida pena do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 201/1967, de perda do cargo e inabilitação, é autônoma. Sendo assim, considerando que sua duração é de cinco anos, sua prescrição ocorre em doze anos, por força do art. 109, III, do Código Penal.

Nesse sentido já se pacificou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, por exemplo, a do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1.º, § 2.º DO DECRETO-LEI N.º 201/67. PENA DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. PENAS AUTÔNOMAS EM RELAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRAZOS PRESCRICIONAIS DISTINTOS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO, PARA AGUARDAR O JULGAMENTO DO RE N.º 601.182/ MG PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. A MATÉRIA CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NESTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO GUARDA SIMILITUDE FÁTICA COM A PRESENTE IRRESIGNAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. As penas de perda do cargo e de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, previstas no art. 1.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 201/67, são autonômas (sic) em relação à pena privativa de liberdade, sendo distintos os prazos prescricionais. Precedentes.[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 21.137/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONVÊNIO. PREFEITURA MUNICIPAL E MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967. IRREGULARIDADES DA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. OBRAS EXECUTADAS PARCIALMENTE. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DECURSO DE 10 (DEZ) ANOS ENTRE O FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. ART. 109, IV, C/C ART. 110, PARÁGRAFO 2º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PENA DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO E FUNÇÃO PÚBLICA. PENA DE REPARAÇÃO CIVIL DE DANO CAUSADO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E PARTICULAR. NATUREZA AUTÔNOMA E INDEPENDENTE. LAPSO PRESCRICIONAL DISTINTO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE DAS PENAS DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 A PARTICULARES. PARTÍCIPE DA CONDUTA DELITIVA. ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AT. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ATENDIMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL.

DECISÃO MOTIVADA E JUSTIFICADA. DOLO. DESVIO DE RECURSOS CARACTERIZADO. PRESENÇA. ATOS DE IMPROBIDADE. FATOS DENUNCIADOS BASEADOS EM PRESUNÇÕES NÃO COMPROVADAS. ACÓRDÃO DO TCU. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL QUANTO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APELAÇÕES PREJUDICADAS NESTE PONTO. REJEITADAS PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO DAS DEMAIS PENAS AUTÔNOMAS. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

I. Fixadas, ao final, as penas privativas de liberdade, para cada um dos réus, em quantum não superior a 4 (quatro) anos, consuma-se a prescrição em 8 (oito) anos, à luz do art. 109, IV c/c art. 110, parágrafo 2º, ambos do Código Penal.

II. Decorrido prazo superior ao prescricional, no caso mais de 10 (dez) anos, antes de causa interruptiva (recebimento da denúncia), é de se reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva, ao teor do art. 109, IV, c/c art. 110, parágrafo 2º, todos do Código Penal, declarando-se extinta a punibilidade.

III. Apelação prejudicada. Extinta a punibilidade pela prescrição retroativa.

IV. A pena de inabilitação para exercício de cargo e função pública é autônoma em relação à privativa de liberdade, cada qual prescrevendo a seu tempo. Precedentes jurisprudenciais: STF – AI-QO-392/SP (1ªT., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 16.08.2002) e HC-87375/SC (2ªT., rel. Min. Ellen Gracie, DJe 25.09.2008); STJ – RESP-784680/SC (5ªT., rel. Min. Gilson Dipp, DJU 02.05.2006), RESP-791354/PR (5ªT., rel. Min. Felix Fischer, DJU 16.10.2006), RESP-819738/SC (5ªT., rel. Min. Laurita Vaz, DJU 12.02.2007), RESP-778664/PR (6ªT., rel. Min., Paulo Gallotti, DJU 12.11.2007), RESP-885452/PR (5ªT., rel. Min. Felix Fischer, DJU 14.04.2008) e HC-43275/PI, rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 16.06.2008).



V. Não havendo decorrido o prazo prescricional, no caso concreto de 12 (doze) anos, a teor do art. 109, III, do Código Penal, é de permanecer a imposição da pena prevista no parágrafo 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 201/1967, em decorrência da condenação pelo cometimento do ilícito previsto no art. 1º, I, do mesmo diploma legal, em vista dos elementos colacionados aos autos que comprovam as irregularidades na execução do convênio. [...]

XIV. Apelações improvidas.

(ACR 200882010009112, Desembargadora Federal Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 14/04/2011 – Página: 330.)

É importante atentar para o descompasso existente entre esse prazo prescricional e o das demais penas, que pode gerar a extinção da punibilidade somente das penas privativas de liberdade (e das restritivas de direito nas quais podem se converter) e da multa, mantendo-se incólume a da inabilitação.

2.9 DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES CONTRABANDO E DESCAMINHO

Os aspectos a examinar doravante em cada espécie de crime são estritamente aqueles necessários à compreensão de discussões pertinentes à dosimetria da pena, objeto do estudo.

Até o advento da Lei nº 13.008/2014, o contrabando e o descaminho vinham previstos no mesmo artigo do Código Penal (art. 334), sob uma epígrafe que empregava a conjunção alternativa “ou” (“contrabando ou descaminho”).

Apesar disso, o fato de se tratarem de crimes distintos nunca comportou maiores controvérsias, notadamente porque o teor do art. 334 do CP, na sua redação original, já permitia divisar as duas figuras.



A Lei nº 13.008/2014 ajustou o Código Penal a essa realidade, ao criar o art. 334-A, para onde deslocou a figura do crime de contrabando, mantendo apenas o crime de descaminho no art. 334. Veja-se que o antigo art. 334, basicamente, teve o seu texto dividido entre os novos arts. 334 e 334-A.

Trouxe a lei, ainda, outras duas importantes mudanças relativas ao contrabando: a) aumentou sua pena, que passou a ser de dois a cinco anos; e b) previu novas condutas a ele equiparadas.

O exame da doutrina e da jurisprudência formadas anteriormente à inovação legislativa mantém sua utilidade, então, inclusive para crimes praticados já sob a égide da nova Lei.

No tocante à dosimetria, deve haver a gradação do quantum de tributo iludido, impedindo-se, com isso, a indevida equiparação de condutas substancialmente distintas, em termos de consequências do crime.

A graduação do aumento da pena-base conforme o valor do tributo iludido pode ser verificada, por exemplo, nos julgados adiante referidos da 2ª Turma do TRF3:

Valor estimado dos tributos federais iludidos	Quantum de acréscimo	Julgados
R\$ 32.490,00	3 meses	TRF3, 2ª T., ACR 0007617-05.2002.4.03.6181, j. 09/12/14, p. 18/12/14.
R\$ 68.738,28	5 meses e 10 dias	TRF3, 2ª T., ACR 0004998-13.2009.4.03.6002, j. 16/04/13, p. 26/04/13.

Enquanto isso, as Turmas Penais do TRF4 têm entendido que somente é cabível a exasperação da pena-base quando o valor dos tributos iludidos for superior a R\$ 100 mil (cf. TRF4, 7ª T, ACR 50035664320124047002, j. 22/07/14, p. 23/07/14). Torna-se clara, por conseguinte, a necessidade de balizamento mínimo.

Independentemente de virem a ser tratadas como “circunstâncias do crime” ou “consequências do crime” – a jurisprudência vacila em torno do assunto –, a natureza e a quantidade da mercadoria contrabandeada poderão levar à exasperação da pena-base.

Diversamente do que ocorre no crime de descaminho, em que o principal bem jurídico tutelado pelo tipo é o interesse fiscal da Administração, não há no delito de contrabando, *a priori*, um bem jurídico principal que seja tutelado. Ao revés, a identificação desse bem jurídico principal tutelado pelo tipo e, por conseguinte, passível de violação pela prática do crime, variará de acordo com a natureza da mercadoria contrabandeada, razão pela qual deveremos ter tantos parâmetros quantos forem as espécies de bens contrabandeados.

Já se considerou como suficiente ao agravamento da pena-base, por exemplo:

- a) O quantitativo de nove máquinas caça-níqueis (TRF3, 1ª T., ACR 0000592-46.2010.4.03.6120, j. 28/05/13, p. 10/06/13);
- b) A natureza do produto importado ilegalmente – pequena quantidade de medicamentos sem registro da Anvisa:

[...] 1. Na importação de pequena quantidade de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária (ANVISA), incide a norma geral de punição à importação de mercadoria proibida, o contrabando previsto no art. 334 do Código Penal. [...] A importação irregular de medicamentos sem registro na ANVISA pode ser considerada elementar do tipo previsto no art. 273, § 1º-B, I, do CP, mas, havendo desclassificação do fato para o contrabando, enseja valoração negativa das circunstâncias do crime. [...] (TRF4, 7ª T., ACR 50016460520104047002, j. 01/04/14, p. 02/04/14)

c) O elevado número de maços de cigarros, encontrando-se na jurisprudência do TRF4 um critério para a graduação desse aumento de pena:

[...] 3. Para fins de aumento da pena-base em razão da quantidade de cigarros, é necessária a elaboração de um critério razoável e proporcional. 4. Precedentes desta Corte atestam o confisco de até 215.000 maços de cigarros. 5. Propõe-se parâmetro segundo o qual a cada 30 mil maços eleva-se a pena-base em 01 (um) mês – de 30 mil, inclusive, até 60 mil, 01 mês; de 60 mil, inclusive, até 90 mil, 02 meses; etc. [...] (TRF4, 7ª T., 5001714-40.2010.404.7006, j. 10/12/13, p. 10/12/13)

Em síntese, tem-se relativamente ao descaminho:

1. Ainda que a soma dos valores dos tributos iludidos seja inferior a R\$ 10 mil, o princípio da insignificância não se aplica aos casos em que haja notícia de reiteração da conduta de descaminho, entendendo-se por reiteração a prática de, ao menos, duas condutas formalmente típicas.

2. Ainda que o valor do tributo iludido seja inferior a R\$ 10 mil (dez mil reais), o princípio da insignificância não se aplica aos casos em que a conduta de descaminho tenha sido cometida por quadrilha (art. 288 do CP) ou organização criminosa (art. 1º, § 2º, Lei nº 12.850/2013).

3. Valor total dos tributos iludidos superior a R\$ 20 mil importa em agravamento da pena-base como decorrência do reconhecimento em desfavor do apenado da circunstância judicial “consequências do crime”, recomendando-se que o quantum desse agravamento guarde proporção com o valor apurado, não sendo, portanto, fixo.

Relativamente ao contrabando:

1. O parâmetro para aplicação do princípio da insignificância relativo ao delito de descaminho não incide sobre o crime de contrabando, à vista da diversidade de bens jurídicos tutelados pelos tipos e, por conseguinte, ofendidos com a conduta delitiva.

2. O critério para o reconhecimento em desfavor do acusado da circunstância judicial “consequências do crime” pode ser buscado junto à natureza e à quantidade da mercadoria objeto do contrabando, recomendando-se que o quantum de agravamento da pena guarde proporção com os indicadores “natureza” e “quantidade”.

No que se refere a ambos os delitos:

1. Sem prejuízo da responsabilização penal decorrente dos delitos de quadrilha (art. 288 do CP) e de organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), o cometimento, por meio de tais entidades criminosas, dos crimes de descaminho e de contrabando caracteriza circunstância judicial (“circunstâncias do crime”) a ser considerada em desfavor do acusado quando da dosimetria da sua pena pertinente aos delitos de descaminho e de contrabando.

2.10 DOSIMETRIA DA PENA NO SISTEMA FINANCEIRO

Quanto aos crimes definidos na Lei nº 7.492/1986, alguns aspectos referentes à dosimetria da pena podem ser especificados.

Por exemplo, aspectos referentes à condição do réu, como o grau de instrução (acusado com curso superior), que indica ser ele conhecedor dos instrumentos aptos à realização de operação



de câmbio legítima, implicam exasperação da pena-base, considerando a culpabilidade.

Como circunstâncias, podem ser consideradas: a maior ou menor complexidade do esquema de gestão fraudulenta⁶⁵; “o modo bastante premeditado, revelando dolo intenso, assim aferido pela detalhada formação da vontade e da consciência criminosa minuciosa, que acaba sendo fator que permite maior sucesso e menor chance de malogro da prática delituosa”⁶⁶; o prejuízo econômico em valores expressivos⁶⁷; o uso de entidade filantrópica para o cometimento de crimes⁶⁸.

Ademais, as circunstâncias em que se deram o crime, a exemplo da utilização de engenhoso e sofisticado esquema nas condutas efetivadas para a evasão de divisas (caráter objetivo), se prestam a fundamentar a presença de circunstâncias desfavorável no cometimento do delito⁶⁹.

Quanto ao crime do caput do art. 22, já se entendeu que a efetiva saída dos valores poderia levar a aumento da pena-base.⁷⁰

No caso do crime de empréstimo ou adiantamento vedados (art. 17), quanto à dosimetria da pena, já se entendeu que: a) a existência

65 STJ, REsp. 1102183/RJ, Laurita Vaz, 5ª T., u., 4.2.10. Como no caso em que as “operações irregulares, com desvio de recursos do erário para distribuir lucros fáceis e rápidos, em velocidade impressionante, numa cadeia de operações viciadas, envolvendo as mesmas pessoas, com preparação, emissão, colocação e circulação de títulos no mercado de forma irregular contra o art. 33 do ADCT” (TRF2, AC 199951010473780, Abel Gomes, 1ª TE, u., 19.11.08);

66 TRF2, AC 199951010473780, Abel Gomes, 1ª TE, u., 19.11.08.

67 STJ, REsp. 1102183/RJ, Laurita Vaz, 5ª T., u., 4.2.10. Há julgado dispondo que o alto valor remetido ao exterior pode ser valorado contra o réu, como consequência (TRF3, AC 200603990040290, Cotrim Guimarães, 2ª T., u., 30.11.10), como no caso de crime de evasão de divisas (art. 22, p.u., 1ª figura), em que o alto valor remetido ao exterior foi valorado contra o réu, como consequência (TRF3, AC 200603990040290, Cotrim Guimarães, 2ª T., u., 30.11.10), em que o montante superava 45 milhões de dólares, em operação cujos desdobramentos levaram ao processo de impeachment do Presidente da República (STJ, HC 124201, Napoleão, 5ª T., u., 25.5.09). Já a remessa ao exterior de quantia ordinária de dinheiro por intermédio do mercado paralelo não reclama a exasperação da pena-base para os delitos previstos na Lei 7.492/86. (TRF4, ACR: 50169330520104047100 RS 5016933-05.2010.404.7100, Relator: LEANDRO PAULSEN, Data de Julgamento: 13/05/2014, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 19/05/2014)

68 STJ, REsp. 1102183/RJ, Laurita Vaz, 5ª T., u., 4.2.10.

69 TRF4, 0009330-34.2008.404.7100, 8ª Turma, Publicado: 25/04/2014, DJTRF-4, p.112.

70 STJ, AGRsp. 999575, Carvalhido, 6ª T., u., 29.4.08.

de fraude ou dissimulação, por meio da simulação de outro negócio jurídico ou operação triangular, até porque o tipo refere à possibilidade de concessão direta ou indireta, deverá ser considerada na aplicação da pena, como circunstância judicial desfavorável, relativa ao meio empregado⁷¹; b) o alto valor do mútuo autoriza o aumento da pena-base, com fundamento no art. 59 do CP⁷²; c) em se cuidando de crime próprio das pessoas mencionadas no art. 25 da LCSFN, não pode ser reconhecida a agravante da violação do dever inerente ao cargo (CP, art. 61, II, g, do CP), pois haveria, na hipótese, dupla valoração da mesma circunstância, que já é elementar do tipo⁷³; d) como o delito é de mera conduta, não tem lugar a aplicação da causa de diminuição do arrependimento posterior, objeto do art. 16 do CP⁷⁴.

Por fim, no art. 33 da Lei nº 7.492/1986 há norma prevista de exacerbação da pena de multa, em até dez vezes ao valor previsto na norma geral do § 1º do art. 49 do Código Penal.

2.II DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

O Decreto-lei nº 201/1967 não traz nenhuma regra específica de dosimetria da pena. De peculiar no diploma normativo, há apenas a sanção do art. 1º, § 2º, de “perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”. Assim, cabe somente traçar

71 É desnecessária a ocorrência de dano efetivo, sendo que se houver dano, irá incidir agravamento da pena, consideradas as consequências a que alude o art. 59 do CP. Nesse sentido: STJ, CC 19.796/SP, Fischer, 3ª S., u., 13.5.98; TRF4, AC 5.171/RS, Élcio Pinheiro de Castro, 8ª T., m., DJ 24.7.02. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. Cit., p. 449-450.

72 TRF3, AC 19990399115041-1/SP, Cecília Mello, 2ª T., 20.6.06.

73 TRF1, AC 200138020017661, Mário Ribeiro, 4ª T., u., 9.2.10; TRF4, AC 20027100051490-2/RS, Tadaaqui Hirose, 7ª T., u., 26.6.07.

74 TRF1, AC 20003800014152-4/MG, Olindo Menezes, 3ª T., u., 15.5.07; TRF3, AC 9703030100-2/SP, Sylvia Steiner, 2ª T., u., 30.10.01; TRF4, AC 20010401010181-4/SC, Fábio Rosa, 7ª T., m., 30.4.02.

algumas considerações sobre as normas gerais de dosimetria da pena relativamente a esses delitos.

Na primeira fase da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o aumento de pena, pela maior culpabilidade, em decorrência da destinação das verbas apropriadas, obras emergenciais por causa de chuvas:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO. EQUÍVOCOS. FALTA DE INDICAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. APRECIÇÃO DE TESES CONSTANTES DO RECURSO NÃO ADMITIDO. DESCABIMENTO. APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS (ARTS. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 E 299 DO CP). DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES FLAGRANTES. CONSTATAÇÃO. WRIT DEFERIDO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.[...]

3. Valorada negativamente a culpabilidade, em razão de a prática delitiva ter ocorrido numa situação emergencial, em que as verbas públicas seriam utilizadas nos reparos causados pelas chuvas, em especial, no que diz respeito à população menos favorecida, não cabia ao Juízo a quo utilizar o mesmo fato para atribuir desvalor aos motivos e às circunstâncias do crime. Ao assim proceder, incorreu no indevido *bis in idem*. [...]

7. Remanescendo tão só a pena imposta quanto ao delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, a qual foi redimensionada para 4 anos e 6 meses, é possível ao ora embargante, que é primário, iniciar o seu cumprimento em regime semiaberto.

8. Embargos de declaração rejeitados. Habeas corpus concedido de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao embargante pelos crimes tipificados nos arts. 299 do Código Penal e 1º, I, do

Decreto-Lei n. 201/1967, em razão do afastamento da valoração negativa dos antecedentes, em relação a ambos os delitos, e, apenas quanto ao último, do afastamento do desvalor atribuído também aos motivos e às circunstâncias do crime, bem como para fixar o regime inicial semiaberto. De ofício, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, fica extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, do crime do art. 299 do Código Penal, nos termos do art. 107, IV, c/c os arts. 109, IV, 110, § 1º, e 114, II, do mesmo estatuto.

(EDcl no AgRg no AREsp 171.834/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013)

O Superior Tribunal de Justiça também reconheceu a necessidade de aumento de pena pelas circunstâncias, o uso de documentos falsos, e as consequências, porquanto o delito foi praticado em município pequeno, com 14 mil habitantes, de modo que a ausência dos recursos repercutia mais intensamente que em outros casos:

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORABILIDADE DE ALGUMAS. FUNDAMENTAÇÃO PORMENORIZADA. EXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA, INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.[...]

2. A elevação da pena-base encontra-se justificada diante da gravidade das circunstâncias que envolveram a empreitada criminosa,

bem como das consequências danosas ao erário público, mormente em se tratando de Município de pequeno porte, com recursos limitados, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada, proporcional aos atos criminosos cometidos pelo agente.[...]

(HC 150.541/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012)

A localização do município em área sujeita a seca foi valorada como consequência desfavorável pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ART. 1.º, INCISOS I DO DECRETO-LEI N.º 201/67. CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS EM PROVEITO DE TERCEIRO. RECURSO ADESIVO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. NÃO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTE DESTA TURMA. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. REAVALIAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL “CONSEQUÊNCIAS DO CRIME”. REPERCUSSÃO SOCIAL PROVOCADA PELO DESVIO DE RECURSOS. POSSIBILIDADE. REGIME SEMI-ABERTO. VEDADA A SUBSTITUIÇÃO. ART. 44, I, DO CP. [...]

2. O Ministério Público Federal apela da sentença do Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que julgou procedente em parte a pretensão punitiva estatal, condenando o apelado, ex-prefeito do Município de Fagundes/PB, à pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67, em regime inicial aberto, substituída



por uma pena restritiva de direito e multa, além de inabilitação pelo prazo de 05 (cinco) anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

3. A instrução processual confirmou, a toda evidência, o que foi apurado nos autos do procedimento administrativo MPF/PRM-CG/PB n.º 1.24.001.000115/2003-58, confirmando que no exercício financeiro de 1996, o referido município, representado pelo acusado, celebrou o Convênio n.º 106/96 (fls. 77/84 do apenso) com o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, através do qual foram repassados àquele Município, recursos no montante de R\$ 90.013,55 (noventa mil, treze reais e cinquenta e cinco centavos – fl. 63 do apenso), cujo objeto era a construção de um açude no Sítio Souza, para abastecimento da população daquela municipalidade.

4. As irregularidades no Convênio nº 106/96, firmadas pelo referido Município à época dos fatos desencadearam a instauração de Tomada de Contas Especial pelo órgão cedente, culminando com o Tribunal de Contas da União julgando irregulares as contas do acusado.

5. Levando em conta a repercussão social do dano infligido àquela comunidade, além de hipossuficiente e sujeita aos efeitos da seca, sob a influência da cupidez do administrador público que trata a coisa pública como se privada fosse, tem-se por pertinente a irressignação do Ministério Público Federal.

6. Merece ser revisto o tópico da sentença quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, recrudescida na circunstância “consequências do crime”, para fixar a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tornando definitiva ante a inexistência de circunstância agravantes e atenuantes e de causas de aumento e de diminuição, a ser cumprido em regime



semiaberto, vedada a substituição diante da incidência do art. 44, I, do CP. Apelação criminal provida.

(ACR 200505000159293, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 01/08/2013 – Página: 270.)

A maior reprovabilidade igualmente foi aceita em casos de dano patrimonial expressivo e fraude à licitação:

HABEAS CORPUS. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 207/67. TESE DE INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. VIA IMPRÓPRIA. APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ANÁLISE INVIABILIZADA. IMPETRAÇÃO DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDA. ORDEM DENEGADA.[...]

2. Justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal porque o dano patrimonial foi expressivo e o crime de apropriação de rendas públicas foi cometido mediante fraude à licitação e falsificação de documentos, o que certamente traz maior reprovabilidade à conduta do Paciente. [...]

4. Habeas corpus denegado.

(HC 131.905/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 07/06/2011)

A culpabilidade intensa também teve fundamento nos valores desviados e no fato de a esposa do prefeito ser destinatária de parte da quantia:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA. ART. 1º, I, DO DECRETO 201/67. RECEBIMENTO INDEVIDO DE INDENIZAÇÃO DE DIÁRIAS DE VIAGENS. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXACERBADA DE MODO DESPROPORCIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. No que se refere à culpabilidade, utilizou-se o magistrado de requisito inerente à própria caracterização do crime, tendo em vista que a circunstância de o réu, na condição de prefeito municipal, ter deixado de “honrar o mandato que lhe foi outorgado pelo povo”, subsume-se a conduta descrita no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

2. Por outro lado, a sentença condenatória reconheceu corretamente que a culpabilidade do acusado se revelou intensa, na medida em que se apropriou de quantias significativas do erário municipal, recebidas a título de indenização de diárias para viagens que não se efetivaram, auferindo vantagens indevidas para si e sua esposa, circunstância essa que extrapola a censurabilidade do próprio tipo penal e, portanto, merece reprovação.

3. Em relação aos maus antecedentes, no caso, não há qualquer documento que comprove que a certidão apontada pelo magistrado se refere somente a expedição e distribuição de cartas precatórias. De qualquer forma, a revisão dos elementos considerados para esse fim demandaria aprofundada incursão na seara fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus.

4. De notar, contudo, que tal afirmativa vai de encontro com a certidão a que se reporta o Juiz sentenciante, uma vez que o docu-

mento faz referência a uma execução penal, como bem ressaltou o Ministério Público Federal.

5. No que diz respeito aos motivos e às circunstâncias do crime, os fundamentos utilizados também são suficientes para a manutenção da fixação da reprimenda um pouco acima do mínimo legal. Entretanto, observa-se que o Juiz a quo não fez a menção a dados concretos dos autos que embasassem a conclusão desfavorável acerca da conduta social, eis que os motivos utilizados são estranhos ao fato pelo qual o réu está sendo punido e, por isso, não podem ser considerados.

6. Por fim, processos administrativos ou cíveis não servem para valorar negativamente a personalidade do agente, configurando constrangimento ilegal a exasperação da pena-base também nesse ponto.

7. Habeas corpus concedido para, decotando a indevida majoração da pena-base, reduzir a reprimenda recaída sobre o paciente, de 8 (oito) anos de reclusão, para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

(HC 55.251/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 04/05/2011)

A origem ou a destinação das verbas igualmente vem sendo levada em conta na dosimetria. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região admite a majoração da pena se, por exemplo, os crimes envolvem recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EX-PREFEITA. APROPRIAÇÃO DE VERBAS REPASSADAS PELO FNDE (ART.1º, I, DEC-LEI 201/67). CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECURSO DA DEFESA. APELO MINISTERIAL ATACANDO A DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CULPABILIDADE E

CIRCUNSTÂNCIAS DEVIDAMENTE VALORADAS PELO JUÍZO A QUO. RECURSO IMPROVIDO, NOS TERMOS DO PARECER DA DOUTA PRR.

1. Processada por apropriação de verbas públicas (recursos repassados ao município de Coronel João Pessoa/RN pelo FNDE), a hoje ex-prefeita foi condenada às penas de 04 anos e 03 meses de reclusão, inabilitação para exercício de cargo ou função pública por 05 anos e reparação dos danos causados. Ela não recorreu, sendo que o MPF apelou atacando (apenas) a dosimetria da pena privativa de liberdade;

2. Cuida-se, pois, de apelação interposta pelo Ministério Público Federal, que requer o aumento da pena aplicada a ré pela prática do crime previsto no Art.1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67. Fala do desejo de que sejam valoradas negativamente (CP, Art. 59) a culpabilidade e a circunstâncias do crime;

3. O fato de a ré ser ordenadora da despesa não é razão para exasperação da pena-base, porquanto o crime, sendo próprio, já reclama a condição de prefeito para que seja cometido, algo – desde sempre – política e juridicamente mais significativo que a mera função de ordenar os pagamentos;

4. De outro lado, o fato de a ré ter emitido, a si mesmo, cheques da conta do FNDE, se de um lado revela ousadia, de outro já parece ter sido adequadamente punido na instância originária, que (na pena-base) exacerbou a punição mínima (02 anos) em mais de 100% (para 04 anos e 03 meses de reclusão);

5. Apelação improvida, nos termos, aliás, do pronunciamento da douta Procuradoria Regional da República.

(ACR 00005586120104058401, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 15/05/2014 – Página: 141.)

Em outros casos, a punição foi elevada por se tratar de verbas recebidas mediante convênio com a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) ou destinadas a melhorias sanitárias, de modo que o desvio impediu o exercício do direito constitucional à saúde:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A FUNASA (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67). APELAÇÃO DO RÉU. PREJUDICIAIS DE MÉRITO. NÃO ACOLHIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. APELAÇÃO DO MPF. RÉU QUE ATUAVA COMO “LARANJA”. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RÉU EX-PREFEITO. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUE EXTRAPOLAM AS DO TIPO PENAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...]

8. Dosimetria da pena. Pena-base. Faz-se clara a intensa reprovabilidade da conduta em tela, porquanto o acusado era plenamente dominus suorum actuum à época do ato delituoso, inexistindo quaisquer ínfimas circunstâncias exteriores à sua vontade que o premisssem, confrangendo-o a agir de modo contrário ao direito, agindo o réu por cupidez e desrespeito à coisa pública. As consequências do delito mostraram-se anormais, “haja vista que a errônea aplicação das verbas públicas pelo gestor prejudicou o usufruto, por parte da população, de direito básico constitucionalmente previsto, qual seja a saúde” (ACR 10131, Rel. Des. Margarida Cantarelli, TRF 5 – Quarta Turma, DJE – Data: 26/09/2013). No mesmo sentido: ACR 9598, Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta (convocada), TRF 5 – Primeira Turma, DJE – Data: 01/08/2013.



9. Ausentes circunstâncias legais atenuantes ou agravantes, bem como quaisquer causas de diminuição ou de aumento da pena, fixa-se a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (33 do CP), estando o réu inabilitado para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 1º, parágrafo 2º do Decreto-lei nº 201/67.

10. Apelação do MPF parcialmente provida, para manter a absolvição de ASLF e aumentar a pena imposta a ACCD.

(ACR 00041772020104058200, Desembargador Federal Frederico Koehler, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 03/02/2014 – Página: 75.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. DOSIMETRIA. [...]

3. Os autos demonstram que o réu desviou 95% do valor que seria destinado à implementação de melhorias sanitárias domiciliares, montante que corresponde ao valor histórico de R\$ 113.275,15, mediante a realização de pagamentos ao fornecedor (Ello Empreendimentos e Serviços Ltda.), não se importando com a entrega das obras.

4. Correto o sopesamento negativo das consequências do delito em virtude da maior danosidade decorrente da ação delituosa praticada, em que as verbas desviadas estavam destinadas à realização de melhorias sanitárias nos domicílios da parcela mais carente da comunidade local. Majoração da pena base em um ano, com a sua

fixação em 3 (três) anos de reclusão, que se encontra dentro dos padrões de proporcionalidade.

5. Apelações não providas.

(ACR 00009848520104058300, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 18/10/2012 – Página: 312.)

O raciocínio é o mesmo em se tratando de verbas destinadas à construção de escola, cujo desvio dificulta a efetivação do direito fundamental à educação:

PENAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CONVÊNIO FIRMADO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA ESCOLA. VERBAS DIRECIONADAS PARA A REFORMA DE UMA UNIDADE ESCOLAR EXISTENTE. LIBERAÇÃO DE RECURSOS UM DIA APÓS O RECEBIMENTO. ATESTADO DE CONCLUSÃO DE OBRA EM ESTADO PRECÁRIO. ANTECIPAÇÃO INDEVIDA DE PAGAMENTO À EMPRESA. DOLO DO AGENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DE PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59, DO CP. APELO IMPROVIDO.

1. Ex-Prefeito do Município de Paulista/PE, condenado pelo desvio de verbas recebidas pelo Município referentes ao Convênio firmado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, no valor de R\$ 151.813,60 (cento e um mil, oitocentos e treze reais e sessenta centavos), tendo por objeto a construção de uma escola urbana e aquisição de equipamento escolar, com vigência até 24.10.1995, tendo os recursos sido integralmente repassados para a conta específica do convênio em 22.02.1995 e repassados

à empresa no dia seguinte, pela pretensa execução do objeto do convênio em 04.10.1995, sendo, todavia, atestado pelo Ministério da Educação e do Desporto, que, na verdade, o valor foi destinado à reforma de escola já existente, sem o recebimento de equipamento escolar, sem a conclusão do serviço contratado, dado como findo em maio de 1996.

2. Autoria e materialidade comprovadas. Conduta dolosa. Prefeito que, apesar de ter firmado o convênio para construção de escola, utilizou as verbas conveniadas para o término da construção de escola parcialmente construída, liberando as verbas um dia após o seu recebimento, atestando a aceitação da obra pela Prefeitura no sentido de que “foram obedecidos os padrões técnicos exigidos, encontrando-se a unidade em perfeito funcionamento e atendendo plenamente à população”, apesar de o relatório de vistoria técnica do MEC ter atestado a deficiência do acabamento e da funcionalidade da reforma e a ausência de entrega do equipamento escolar.

3. Apelante que, no tocante à culpabilidade, circunstâncias e conseqüências do delito granjeou conceito desfavorável relativo aos requisitos judiciais, o que autoriza a fixação da pena-base em quantum acima do mínimo legal, sendo respeitado o sistema trifásico imposto pelo Diploma Penal.

4. Dosimetria da sentença que remeteu à fundamentação a negatividade das circunstâncias do crime, porque o Apelante participou ativamente do processo de desvio das verbas públicas e atestou falsamente obra em péssimo estado e das conseqüências do delito, considerando prejudicial o dano ao Erário Público e à população local, que não fora beneficiada com obra pública necessária para a educação municipal, já combatida pela falta de recursos, e que poderia ter sido melhorada se os recursos destinados à melhoria da



escola e ao fornecimento de equipamentos escolares tivessem sido efetivamente aplicados e não desviados como foram.

5. Sopesados os requisitos do art. 59, do Código Penal, ante a presença de 03 (três) circunstâncias desfavoráveis ante as 08 (oito) a serem consideradas para a fixação da pena, nos termos do art. 59, do Código Penal, não há impedimento à fixação da pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, mais próxima do mínimo legal de 02 (dois) anos do que do máximo legal de 12 (doze) anos de reclusão, tornada definitiva ante a ausência de agravantes e atenuantes e de majorantes ou minorantes.

6. Manutenção das penas de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública e suspensão de direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do parágrafo 2º, do art. 1º, do Decreto-lei nº 201/67.

7. Apelação improvida.

(ACR 200305000346783, Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 23/04/2013 – Página: 273.)

PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTANA DO MUNDAÚ-AL. FATOS PRATICADOS EM SUA GESTÃO. RECURSOS REPASSADOS PELO FNDE. PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA – PDDE. ART. 1º, I e VII, DO DECRETO-LEI 201/67. PRESCRIÇÃO QUANTO AO DELITO DO INCISO VII. NÃO COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DOS MATERIAIS SUPOSTAMENTE ADQUIRIDOS PELA PREFEITURA. CRIME DO INCISO I CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DOSIMETRIA CORRETA DA PENA. IMPROVIMENTO. [...] IV – Quanto à dosimetria, o magistrado a quo valorou corretamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP,



considerando desfavorável apenas as consequências do delito, visto tratar-se de conduta que desviou recursos destinados à educação, protegida constitucionalmente na condição de direito fundamental. Já no que tange às circunstâncias do crime e à culpabilidade do agente, não há nenhuma peculiaridade apta a ensejar a majoração da pena.

V – Apelações improvidas.

(ACR 200780000011800, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 02/08/2012 – Página: 615.)

O desvio de verba de merenda escolar repercute na pena por via da circunstância judicial da consequência do art. 59 do Código Penal:

PENAL. PREFEITO. CONVÊNIO. MERENDA ESCOLAR. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. SAQUES REALIZADOS EM CONTA PÚBLICA EM PROVEITO PRÓPRIO. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. NOTAS FISCAIS, DECLARAÇÕES E TESTEMUNHOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA APLICAÇÃO DA VERBA PÚBLICA NA COMPRA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. GRAVIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS. ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS. SAQUES DIVERSOS. CONTINUIDADE DELITIVA. RESSARCIMENTO À VÍTIMA. *bis in idem*. NÃO COMPROVAÇÃO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. [...]

9. Com relação à dosimetria da pena, partindo do mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, verificou, o Julgador, como desfavorável a circunstância judicial da consequência, diante do desvio de verbas públicas para a merenda escolar. Como a finalidade da verba é de

relevante cunho social, verifica-se que a majoração em 1 (um) ano da pena foi bastante razoável, fixando, assim, a pena-base em 3 (três) anos. Não há o que ser revisto nesse ponto.

10. No tocante ao reconhecimento da continuidade delitiva, em razão da realização de mais de um saque na conta da Prefeitura, sem que tenha sido requerido na denúncia, não encontra óbice legal, nem afronta o princípio da correlação, haja vista que o réu se defende dos fatos e não da capitulação apresentada na denúncia. 11. Como o agente, conscientemente e de forma voluntária, valendo-se de sua condição de Prefeito do Município de Olivença/AL, efetuou quatro saques das contas da Prefeitura, desviando os valores em proveito próprio, cometeu o crime previsto no art. 1, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em continuidade delitiva, haja vista que mediante mais de uma ação, no caso quatro saques realizados em proveito próprio, em curso período de tempo, praticou crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, sendo de se considerar a prática de crime continuado, consoante previsto no art. 71 do Código Penal.

12. Precedentes: TRF1, Quarta Turma, ACR 200137000075657, relator Desembargador Federal Ney Barros Bello Filho, DJ 21/09/2007; TRF3, Segunda Turma, ACR 37802, relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, e-DJF3 10/02/2011; TRF5, Primeira Turma, ACR 5411, relator Desembargador Federal César Carvalho, DJ 28/03/2008.

13. O aumento da pena na fração de 1/3 (um terço) observou à quantidade de crimes praticados, em número de 4 (quatro), sendo razoável a majoração para obter a pena concreta de 4 (quatro) anos de reclusão, com a substituição por restritivas de direito.[...]

15. Improvimento do recurso de apelação.

(ACR 00003692220104058001, Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino, TRF5 – Segunda Turma, DJE – Data: 28/02/2013 – Página: 174.)

É certo que a aludida pena do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 201/1967, de perda do cargo e inabilitação, é autônoma. Sendo assim, considerando que sua duração é de cinco anos, sua prescrição ocorre em doze anos, por força do art. 109, III, do Código Penal.

Nesse sentido já se pacificou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, por exemplo, a do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1.º, § 2.º DO DECRETO-LEI N.º 201/67. PENA DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. PENAS AUTÔNOMAS EM RELAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRAZOS PRESCRICIONAIS DISTINTOS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO, PARA AGUARDAR O JULGAMENTO DO RE N.º 601.182/MG PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. A MATÉRIA CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NESTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO GUARDA SIMILITUDE FÁTICA COM A PRESENTE IRRESIGNAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. As penas de perda do cargo e de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, previstas no art. 1.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 201/67, são autônomas (*sic*) em relação

à pena privativa de liberdade, sendo distintos os prazos prescricionais. Precedentes.[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 21.137/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONVÊNIO. PREFEITURA MUNICIPAL E MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967. IRREGULARIDADES DA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. OBRAS EXECUTADAS PARCIALMENTE. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DECURSO DE 10 (DEZ) ANOS ENTRE O FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. ART. 109, IV, C/C ART. 110, PARÁGRAFO 2º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PENA DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO E FUNÇÃO PÚBLICA. PENA DE REPARAÇÃO CIVIL DE DANO CAUSADO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E PARTICULAR. NATUREZA AUTÔNOMA E INDEPENDENTE. LAPSO PRESCRICIONAL DISTINTO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE DAS PENAS DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 A PARTICULARES. PARTÍCIPE DA CONDUTA DELITIVA. ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AT. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ATENDIMENTO. AUSÊNCIA

DE PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DECISÃO MOTIVADA E JUSTIFICADA. DOLO. DESVIO DE RECURSOS CARACTERIZADO. PRESENÇA. ATOS DE IMPROBIDADE. FATOS DENUNCIADOS BASEADOS EM PRESUNÇÕES NÃO COMPROVADAS. ACÓRDÃO DO TCU. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL QUANTO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APELAÇÕES PREJUDICADAS NESTE PONTO. REJEITADAS PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO DAS DEMAIS PENAS AUTÔNOMAS. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

I. Fixadas, ao final, as penas privativas de liberdade, para cada um dos réus, em quantum não superior a 4 (quatro) anos, consuma-se a prescrição em 8 (oito) anos, à luz do art. 109, IV c/c art. 110, parágrafo 2º, ambos do Código Penal.

II. Decorrido prazo superior ao prescricional, no caso mais de 10 (dez) anos, antes de causa interruptiva (recebimento da denúncia), é de se reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva, ao teor do art. 109, IV, c/c art. 110, parágrafo 2º, todos do Código Penal, declarando-se extinta a punibilidade.

III. Apelação prejudicada. Extinta a punibilidade pela prescrição retroativa.

IV. A pena de inabilitação para exercício de cargo e função pública é autônoma em relação à privativa de liberdade, cada qual prescrevendo a seu tempo. Precedentes jurisprudenciais: STF – AI-QO-392/SP (1ªT., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 16.08.2002) e HC-87375/SC (2ªT., rel. Min. Ellen Gracie, DJe 25.09.2008); STJ – RESP-784680/SC (5ªT., rel. Min. Gilson Dipp, DJU 02.05.2006), RESP-791354/PR (5ªT., rel. Min. Felix Fischer, DJU 16.10.2006),



RESP-819738/SC (5ªT., rel. Min. Laurita Vaz, DJU 12.02.2007), RESP-778664/PR (6ªT., rel. Min., Paulo Gallotti, DJU 12.11.2007), RESP-885452/PR (5ªT., rel. Min. Felix Fischer, DJU 14.04.2008) e HC-43275/PI, rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 16.06.2008).

V. Não havendo decorrido o prazo prescricional, no caso concreto de 12 (doze) anos, a teor do art. 109, III, do Código Penal, é de permanecer a imposição da pena prevista no parágrafo 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 201/1967, em decorrência da condenação pelo cometimento do ilícito previsto no art. 1º, I, do mesmo diploma legal, em vista dos elementos colacionados aos autos que comprovam as irregularidades na execução do convênio. [...]

XIV. Apelações improvidas.

(ACR 200882010009112, Desembargadora Federal Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 14/04/2011 – Página: 330.)

É importante atentar para o descompasso existente entre esse prazo prescricional e o das demais penas, que pode gerar a extinção da punibilidade somente das penas privativas de liberdade (e das restritivas de direito nas quais podem se converter) e da multa, mantendo-se incólume a da inabilitação.

2.12 DOSIMETRIA DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS

A adequada repressão aos crimes de tráfico de drogas e assemelhados, assim como aos delitos de corrupção, não só tem em comum o fato de em larga medida perpassar o enfrentamento da criminalidade organizada, mas também a circunstância de se enquadrar, no plano jurídico-político interno e internacional, como uma bandeira prioritária.

O compromisso brasileiro com a firme repressão dos delitos de tráfico de drogas se depreende, inclusive, da própria constituição, a qual estabelece, em seu art. 5, XLIII, que

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

No mesmo sentido, há previsão no art. 243 da Constituição da República, de pena de confisco das “propriedades rurais e urbanas qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas [...], sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

O comprometimento brasileiro com a repressão de delitos deste jaez, aliás, não se circunscreve ao plano interno, estendendo-se também perante a comunidade internacional. Sobreleva-se, neste prisma, o fato de o Brasil ser signatário da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988, aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 162/1991, e promulgada por intermédio do Decreto nº 154/1991.

Neste contexto, visando a atender ao disposto no art. 3, item 4, alínea “a”, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que reclama a aplicação de “sanções proporcionais à gravidade” desses delitos, bem como a consolidar em um único diploma os dispositivos legais atinentes à prevenção e repressão dos delitos de tráfico de drogas e assemelhados, é que foi aprovada pelo Congresso Nacional, no ano de 2006, em substituição às Leis nº 6.368/1976 e 10.409/2002, uma nova Lei de Drogas: a Lei nº 11.343/2006.

A análise desse diploma normativo, que disciplina muito mais do que a simples repressão penal aos delitos de tráfico de drogas e assemelhados, interessa especificamente ao presente roteiro nas partes em que estabelece balizas legais para a fixação das penas em decorrência da prática de tais delitos.

Um aspecto que se sobressai de maneira muito evidente da leitura da Lei nº 11.343/2006 é a sua adequada proposta de distinguir, sob o plano repressivo punitivo, os simples usuários de drogas (art. 28), dos “pequenos” traficantes ou “traficantes eventuais” (art. 33, *caput*, e § 4º) e dos “grandes” traficantes.

Embora não se insira no objeto desse trabalho a análise das “penas” que podem ser aplicadas aos usuários de drogas (advertência, prestação de serviços comunitários e medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme art. 28 da Lei nº 11.343/2006), a análise dos critérios legais e jurisprudenciais que vêm sendo adotados para distinguir as penas dos “pequenos” e “grandes” traficantes é um dos principais, e também mais tormentosos, temas que será enfrentado neste capítulo. Além dele, também serão comentadas de forma específica todas as causas de aumento de pena previstas nos sete incisos do art. 40, da Lei nº 11.343/2006, bem como o mandamento legal estabelecido no art. 42 desse diploma normativo, no sentido de determinar ao juiz, por ocasião da fixação das penas, e “com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

A dosimetria das penas nos crimes de tráfico de drogas é em larga medida influenciada pelo reconhecimento da aplicação, ou não, da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Não só a aplicabilidade dessa causa de diminuição de pena, mas também nos casos em que for considerada cabível o montante de

diminuição que lhe será decorrente (entre 1/6 e 2/3) são aspectos sobre os quais gravitam diversas controvérsias.

Antes de adentrar especificamente nos comentários sobre esses aspectos controvertidos, é importante que sejam estabelecidas algumas premissas, as quais, por não envolverem grandes debates, podem ser consideradas bons pontos de partida.

Em primeiro lugar, é necessário destacar que, não obstante o modo como essa causa de diminuição está redigida, como se outorgasse ao julgador a mera possibilidade de diminuir a pena do crime de tráfico praticado por agentes que sejam primários, detenham bons antecedentes e não se dediquem ou integrem organizações criminosas, não se trata em verdade de uma faculdade. Presentes estes requisitos no caso concreto, a aplicação dessa causa de diminuição passa a ser um direito subjetivo do traficante⁷⁵, sendo imperioso que o Poder Judiciário a aplique, assim, na dosimetria de sua pena privativa de liberdade (HC 12.1860, STF, 1ª Turma, julgamento em 10/06/2014).

Tal interpretação decorre da própria finalidade dessa norma, clara no sentido “[...] de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, *caput* e § 1º, em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, o qual, evidentemente, não goza do referido benefício [...]” (HC 124022, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 13-04-2015 PUBLIC 14-04-2015).

Em segundo, é incontroverso, doutrinária e jurisprudencialmente, que os critérios estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, são requisitos cumulativos para a aplicação da causa de diminuição de pena, ou seja, que para a incidência dessa minorante é preciso que o agente ao mesmo tempo: a) seja primário; b) detenha bons ante-

75 MARCÃO (2014, p. 134).



cedentes; c) não se dedique a atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

Em terceiro lugar, considerando o princípio da presunção de inocência e a distribuição do ônus da prova no processo penal, tem-se que essa cláusula de diminuição de pena, curiosamente, sempre será aplicada, salvo no de produção de prova em contrário pelo Ministério Público, ou seja, se não houver por parte da acusação a indicação e efetiva comprovação de que o agente não é primário, não possui bons antecedentes ou que se dedica ou integra organizações criminosas, a pena aplicada será a do art. 33, *caput*, diminuída de um sexto a dois terços (§ 4º)⁷⁶.

Assim, e sem que se pretenda que as provas sobre tais circunstâncias fossem produzidas pelo réu (o que seria para ele ainda mais difícil⁷⁷), é fato que, ante a distribuição do ônus probatório no processo penal, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando analisada mais detidamente, mais se assemelha a uma verdadeira causa de aumento de pena, pois em regra será aplicada e só excepcionalmente, quando presente e comprovada uma das condições por ela enunciadas, é que se poderá aplicar a pena básica prevista no art. 33, *caput*.

A quarta premissa, diz respeito à imprescindibilidade de fundamentação, por parte do Poder Judiciário, para que tal causa de diminuição de pena não seja aplicada ou, ainda, para que, em sendo aplicada, se firme o patamar de redução entre 1/6 e 2/3. Com efeito, a própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.⁷⁸

⁷⁶ GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 102).

⁷⁷ “Impor ao réu o encargo de comprovar principalmente estes dois últimos requisitos negativos violaria o princípio da presunção de inocência, pois a prova negativa indeterminada é daquelas que se pode chamar de “prova diabólica”, tamanha a dificuldade em se desincumbir dela. Deve o Ministério Público, portanto, livrar-se deste encargo, comprovando, ao menos, que um dos requisitos não está presente” MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 113).

⁷⁸ No mesmo sentido: HC 116894, STF, 2ª Turma, julgamento em 24/09/2013.



Interessante notar que nos precedentes acima, além de se reconhecer que a fixação do montante de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 deva ser feita motivadamente pelo Juízo, sob pena de constrangimento ilegal, ela deve ser realizada pelo Juízo do primeiro grau, sob pena da impossibilidade de acréscimo de fundamentos para tanto, em sede recursal, nos casos em que houver exclusivo recurso da defesa, pois resultaria em *reformatio in pejus*.

Tem-se, em suma, conforme recentemente decidido pelo STF, que o Juízo, por ocasião da aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, não está obrigado a concedê-la em seu grau máximo, tendo plena discricionariedade para “aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso”, desde que o faça fundamentadamente (STF, 2ª Turma, HC 118890, Julgamento em 26/11/13).

No mesmo sentido: RHC 119122, 1ª Turma do STF, julgado em 19/11/13.

Um outro aspecto interessante refere-se à aplicabilidade da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em relação àqueles que praticaram o delito de tráfico enquanto vigente a redação do art. 12 da Lei nº 6.368/1976. Não teria ocorrido qualquer discussão sobre o assunto se a nova redação conferida pela Lei nº 11.343/2006 ao delito de tráfico de drogas fosse inteiramente mais benéfica ao traficante, pois então bastaria fazê-la retroagir, nos termos do art. 5º, XL, da Carta Magna (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”). Ocorre, contudo, que se, por um lado, o novo diploma normativo foi mais benéfico, ao prever uma inédita causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006), de outro – atendendo à orientação contida na Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas, aprovada pelo Decreto Legislativo



nº 90 de 1972 – ele recrudesceu a pena básica prevista em abstrato para o delito de tráfico, majorando de 3 (três) a 15 (quinze) anos para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, ambos de reclusão.

Em decorrência dessa particularidade, institui-se perante os juízos e tribunais pátrios uma grande discussão acerca da possibilidade de combinação das duas leis para, pinçando os dispositivos mais benéficos para os réus em cada uma, conferir-lhes verdadeiro tratamento de uma terceira lei, bem menos gravosa.

A discussão acerca da retroatividade do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, foi submetida ao Plenário do STF, em sede de Repercussão Geral (RE nº 596.152, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2011), sendo que sobre o assunto não houve apreciação definitiva. Em verdade ocorreu “empate na votação e o colegiado optou por não fixar a tese jurídica pertinente para os demais casos semelhantes”.

De todo modo, em recentes decisões o STF tem se pronunciado pela impossibilidade de combinação das leis, ou seja, que “a retroatividade da lei ‘em tiras’ consiste em velada deturpação da nova percepção que o legislador, responsável por expressar os anseios sociais, manifestou a respeito dessa mesma conduta, ferindo de morte o princípio da legalidade e o regime democrático”. De acordo com essa Corte Suprema, a questão

demanda que o julgador, por meio do “sistema da apreciação in concreto”, avalie caso a caso se é mais favorável ao réu a aplicação da lei antiga ou da lei nova, uma ou outra, considerada integralmente, de maneira que o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas hoje vigente pode retroagir, desde que associado à pena-base prevista no caput do mesmo artigo e contanto que

não seja mais benéfica ao agente a incidência da reprimenda prevista no antigo art. 12 da Lei nº 6.368/76 (HC 95495, 1ª Turma, STF, julgamento em 21/05/13).

No mesmo sentido:

a aplicação da lei mais favorável, vale dizer a Lei n. 6.368/76, sem a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, ou a novel Lei de Entorpecentes, com a minorante do § 4º de seu art. 33, atende ao princípio da retroatividade da lei benéfica, prevista no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, desde que aplicada em sua integralidade (HC 107583, LUIZ FUX, STF, 1ª Turma, 17.4.2012).

Cumpre-se ressaltar, por fim, que tal entendimento encontra-se pacificado no âmbito do STJ, que inclusive editou a súmula 502 sobre o assunto, nos seguintes termos:

É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

Estabelecidas essas premissas, cumpre-se adentrar nos aspectos mais controversos acerca da aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que se referem, justamente, a definição dos casos em que ela pode (ou não) ser aplicada, bem como, quando pertinente a sua aplicação, a definição do montante de redução.

Ora, conforme mencionado acima, para a aplicação da causa de diminuição sob comento é necessário que o agente cumulativamente:



a) seja primário; b) possua bons antecedentes; c) não se dedique a atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

O primeiro requisito é tranquilo de ser verificado no caso concreto, sendo que seu conceito pode ser extraído do art. 63 do Código Penal, por exclusão⁷⁹. Será primário o agente não reincidente, ou seja, o agente que não tenha cometido outro crime

depois transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63, *caput*, do CP), desconsiderando-se os casos em que “entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos (art. 63, I, do CP).

Interessante destacar que, ao contrário do que vem sendo reiteradamente suscitado, não há *bis in idem* na consideração da reincidência como agravante genérica, bem como fundamento para a negativa de concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Nesse sentido, a seguinte decisão do STF:

[...] A reincidência constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena (art. 68, CP), ao passo que a primariedade constitui inafastável requisito de natureza subjetiva para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. 3. Não havendo dupla valoração negativa da reincidência, mas, sim, estrita observância das regras legalmente aplicáveis à espécie, não há que se falar em *bis in idem* [...] (RHC 121598, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014,

79 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 111).

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014).⁸⁰

Sobre o segundo requisito, de outro lado, pendem inúmeros debates, conforme já comentado na parte geral do presente roteiro. Aqui cumpre-se dizer que os precedentes dos tribunais superiores variam amplamente.

De um lado, é possível encontrar decisões de acordo com as quais somente poderia ser considerada para imputar ao agente maus antecedentes “a condenação anterior com trânsito em julgado desprezada para a reincidência em razão do decurso do prazo do inc. I do art. 64 do CP (STF, HC 98803, Ellen Gracie, 2ª T., u., 18.8.09)”⁸¹. No mesmo sentido, segundo o STF: “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015).

Do outro, é possível encontrar decisões no sentido de que

[...] a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN

80 No mesmo sentido: HC 107274, RICARDO LEWANDOWSKI, STF, 1ª Turma, 12.4.2011; HC 201101900579, VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:19/12/2011.

81 BALTAZAR JR. (2014, p. 1098).



LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros [...] (HC 108135, LUIZ FUX, STF, Julgamento em 06/06/12).

O entendimento do STJ, contudo, consolidou-se no sentido de que “inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade” (HC 201002098853, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2013). Tanto isso é verdade que foi editada pelo STJ a súmula n. 444, no sentido de que: “[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

No entanto, as duas últimas hipóteses para afastar a aplicação da causa de diminuição aos traficantes de drogas, quais sejam: a) não se dedicar a atividades criminosas; e b) não integrar organização criminosa, tratam-se, em verdade, de causas que andam lado a lado. É possível que um agente se dedique a atividades criminosas, mas não integre organização criminosa. A recíproca, contudo, é de difícil verificação prática, motivo pelo qual é mais comum encontrar em decisões judiciais fundamentações que afastam a incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 com base na existência de indicativos de que o agente se dedica a atividades criminosas, do que em argumentos de que ele pertenceria a uma organização criminosa.

Há diversas decisões que consideram a quantidade de droga apreendida com o agente como indicativo de sua habitualidade ou não no tráfico, de modo a nortear a aplicação da causa especial de diminuição da pena (§ 4º do art. 3º da Lei nº 11.343/2006).



A primeira turma do STF, por exemplo, entendeu em recente decisão que a “ínfima quantidade de droga – 5,9g de cocaína – não autoriza a presunção de habitualidade no tráfico com o fito de negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (HC 121860, STF, 1ª Turma, LUIZ FUX, julgamento em 10/02/2014). Reconheceu em outro julgado, no mesmo sentido, que a “apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas”, possibilitando, assim, o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (STF, 1ª Turma, HC 103118, julgamento em 20/03/12).

Também apreciando esta questão, a 2ª Turma do STF afirmou que “a quantidade de drogas não constitui, isoladamente, fundamento idôneo para negar o benefício da redução da pena”, de sorte que a aplicação dessa minorante não poderia ser afastada com “com base em circunstâncias que não estão descritas no dispositivo legal (quantidade de droga)”, sendo necessário que exista um “juízo de vinculação entre a quantidade de droga apreendida e a suposta participação do paciente no crime organizado” para tanto (HC 116894, STF, 2ª Turma, julgamento em 24/09/2013).

A título de exemplificação, colaciona-se a seguir tabela com julgados nos quais a referida causa de diminuição não foi aplicada, com os respectivos motivos para tanto:

Precedente	Razões invocadas para não aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (indicativos de que o agente se dedicava a atividades criminosas)
ARE 830221 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014	[...] Minorante da Lei de Drogas afastada, considerado o envolvimento do recorrente com outros indivíduos que atuam no tráfico [...]
HC 201101444895, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 06/03/2012	[...] as circunstâncias que envolveram sua prisão em flagrante – em sua residência, um conhecido ponto de venda de drogas da região – somadas à quantidade e à diversidade de tipos de entorpecentes encontrados em seu poder – 375,3g de maconha e 166,5 g de cocaína [...]
HC 201101431197, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 29/02/2012	[...] as circunstâncias que envolveram sua prisão em flagrante, somadas à quantidade e à diversidade de entorpecentes encontrados em seu estabelecimento comercial – balanças de precisão, dinheiro em espécie, 195,3 g de cocaína e 35,7 g de maconha [...]
HC 201000549957, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 29/02/2012	[...] elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder (33 invólucros plásticos contendo cocaína; 9 invólucros plásticos contendo maconha e 62 invólucros plásticos contendo crack) [...] somadas à ausência de comprovação de que exercia ocupação lícita [...]
HC 201000978855, OG FERNANDES, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 07/12/2011	[...] elevada quantidade de entorpecentes encontrados em seu poder, a saber, 1 Kg (um quilo) de crack e 5,6 g (cinco gramas e seis centigramas) de maconha, transportada em conjunto com uma inimputável [...]
HC 200900422290, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 05/12/2011	[...] montante e da variedade das substâncias entorpecentes apreendidas (1,82g de cocaína pura; 8.35g de crack e 20.18 g de maconha), bem como pelo local onde foi efetuada a prisão do réu (um bar de fachada, conhecido como ponto de venda de drogas) [...]

Precedente	Razões invocadas para não aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (indicativos de que o agente se dedicava a atividades criminosas)
HC 201001980221, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/10/2011	[...] montante da substância entorpecente apreendida, bem como pelo modo como estava acondicionada (com etiquetas apontando uma das facções criminosas mais antigas e conhecidas do país, o Comando Vermelho) [...]
HC 201001980221, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/10/2011	[...] a considerável quantidade de entorpecente apreendido, somada às circunstâncias do caso concreto – estava associado de forma permanente ao corrêu para a prática do narcotráfico – levaram a crer que se dedicaria a atividades delituosas. [...]
HC 201101644522, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 17/04/2012	[...] a considerável quantidade dos entorpecentes encontrados em seu poder – mais de 28 quilos de cocaína –, somada às demais circunstâncias que envolveram a sua prisão em flagrante – transportando as substâncias do interior do Estado para a Região Metropolitana de Belo Horizonte [...]
HC 201001190645, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 17/04/2012	[...] as circunstâncias que envolveram sua prisão, somadas à quantidade e ao tipo de entorpecente encontrado em seu poder – 38 porções de maconha, 16 de cocaína e 28 pedras de crack [...]
HC 201101760265, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 11/04/2012	[...] diversidade e na elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder (264 g de crack e 632 g de maconha), as quais, somadas à apreensão de uma balança de precisão e à ausência de comprovação de que exercia ocupação lícita [...]
HC 201102916660, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 19/03/2012	[...] a quantidade da droga apreendida – 40 pedras de crack e 18 invólucros plásticos contendo cocaína em pó – e a apreensão da importância de R\$ 463,00 [...]

Precedente	Razões invocadas para não aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (indicativos de que o agente se dedicava a atividades criminosas)
HC 201001713703, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 21/05/2012	[...] diversidade de drogas apreendidas em seu poder – 102,3 g de maconha, acondicionados em 310 embalagens plásticas; cerca de 37,6 g de cocaína; cerca de 12,2 g de crack, acondicionados e distribuídos em 14 embalagens plásticas; e 2,5 g de haxixe –, [...]
HC 201100052163, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 10/05/2012	[...] a quantidade de drogas apreendidas em seu poder – 66 porções de cocaína na forma de crack e 2 porções de cocaína [...]
HC 201000768539, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 10/05/2012	[...] elevada quantidade de drogas apreendidas (762,72 kg de maconha) e nas demais circunstâncias do caso concreto [...]
AGRESP 201100948793, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 15/02/2013	[...] a elevada quantidade de droga apreendida em seu poder – 54,085 kg (cinquenta e quatro quilos e oitenta e cinco gramas) de maconha [...]
HC 201201196778, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 06/02/2013	[...] a quantidade e a natureza mais lesiva da substância apreendida – aproximadamente 1 Kg de cocaína – somadas às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante do agente e demais corréus [...]
HC 201200803450, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 18/12/2012	[...] nas circunstâncias do caso concreto, as quais, em razão da habitualidade com que vinha ocorrendo a comercialização da droga [...]
AGRHC 201201146860, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 01/02/2013	[...] a considerável quantidade de entorpecente apreendido (1Kg de cocaína), bem como sua natureza altamente lesiva [...]



Precedente	Razões invocadas para não aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (indicativos de que o agente se dedicava a atividades criminosas)
HC 122249, DIAS TOFFOLI, STF	[...] diante da gravidade concreta da infração, evidenciada pelo fato de o paciente ter arcado com despesas de passagem aérea e estadia da “mula” para a qual forneceu os 1,983 kg de cocaína que seriam transportados para o exterior e pela demonstração de que tinha poder de decisão sobre a ação criminosa e se dedicava habitualmente ao tráfico [...]

Entre as motivações utilizadas para fundamentar a não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 estão aspectos pertinentes:

- a) à droga apreendida (quantidade, diversidade e natureza lesiva das drogas apreendidas);
- b) à conduta social do agente (envolvimento do recorrente com outros traficantes, habitualidade na comercialização da droga e ausência de comprovação de exercício de ocupação lícita); e,
- c) às condições em que ocorreram a prisão do agente e/ou apreensão das drogas (local da prisão do réu; modo de acondicionamento da droga; apreensão de balança de precisão etc.).

O aspecto suscitado de forma mais recorrente nas decisões judiciais, contudo, sem dúvida alguma, é a quantidade de drogas apreendidas. Este fator (quantidade/natureza da droga) é predominante não só para a definição da incidência ou não dessa causa de diminuição (como indicativo do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas), mas também para a própria exasperação da pena-base e para o dimensionamento do *quantum* de diminuição da pena nos casos em que aplicado o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.



Em parte, isso decorre do próprio diploma normativo, que, em seu art. 42, determinou ao juiz que, na fixação das penas, considerasse “com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Por outro lado, é intuitivo que a ampla utilização da quantidade (assim como variedade e natureza) das drogas apreendidas para fins de dosimetria da pena também decorrem do fato de ser uma circunstância que sempre será passível de avaliação no caso concreto, visto que não há delito de tráfico de drogas sem apreensão delas.

Com efeito, ao contrário das demais informações sobre a conduta social do agente e sua vida pregressa, bem como sobre os detalhes da prisão, que podem não vir a ser conhecidas pela acusação e pelo Juízo ou, ainda, comprovadas nos autos, a natureza, quantidade e diversidade das drogas são aspectos que sempre estarão presentes, para serem sopesados por ocasião da dosimetria da pena.

Tal “facilidade”, entretanto, gera dois diferentes problemas. O primeiro, em decorrência das avaliações díspares na ponderação da quantidade e natureza da droga como: a) indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas; (b) fator de exasperação da pena-base; e c) fator de dimensionamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. O que pode ser considerada grande e pequena quantidade de droga? Qual natureza de droga é mais danosa? De que modo fazer um juízo de valoração conjunto de quantidade e natureza da droga? Por exemplo, 1 (um) kg de cocaína ou crack é mais ou menos danoso do que 100 (cem) kg de maconha?

A guarda por uma proporcionalidade e certa uniformidade mínima em tal avaliação, que será realizada, de forma singular ou coletiva, por milhares de juízes, centenas desembargadores e dezenas de ministros

em todo o país, é algo bastante desafiador. Só a título de exemplificação, é possível verificar nos casos citados na tabela apresentada anteriormente dois precedentes do STJ, julgados no mesmo ano (2012), em que, de um lado 33 invólucros plásticos contendo cocaína; nove invólucros plásticos contendo maconha e 62 invólucros plásticos contendo crack (HC 201101644522), e de outro, 28 quilos de cocaína (HC 201000549957), foram considerados como grande quantidade de droga para o fim de indicar a dedicação do agente a atividades criminosas. Tal valoração revela-se ainda mais preocupante, quando a quantidade/natureza da droga é considerada para o fim de exasperar a pena-base.

Já o segundo fator preocupante diz respeito, justamente, à utilização cumulativa da natureza e quantidade da droga como indicativo do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, para exasperação da pena-base e para o dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Justamente em decorrência dessa ampla e concomitante valoração foram levadas dezenas de casos aos tribunais superiores.

Sobre tal questão verifica-se, de um lado, a existência de diversos julgados do STJ, por ambas as Turmas Criminais, no sentido de que:

[...] Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido. [...] (HC 201001980221, JORGE MUSSI, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/10/2011 ..DTPB:.)

[...] A grande quantidade de entorpecente constitui particularidade capaz de viabilizar o recrudescimento da pena, tanto na primeira quanto na terceira fase de sua dosagem. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do *ne bis in idem*. [...] (HC 201101828875, OG FERNANDES, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA: 16/05/2012)

[...] Ao prever frações diferenciadas para o aumento da pena, o legislador deu ao magistrado certa liberdade para fixar o patamar mais adequado a cada caso, motivadamente. 6. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga apreendida e sua variedade constituem particularidades capazes de viabilizar o recrudescimento da pena-base e o estabelecimento da causa de redução de pena em patamar mínimo. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do *ne bis in idem*. [...] (HC 201102339999, OG FERNANDES, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:09/05/2012)

No STF, no entanto, por longo período houve divergência entre as Turmas sobre o assunto. De acordo com a 1ª Turma do STF, não haveria *bis in idem* na consideração da qualidade (natureza) e da quantidade do entorpecente apreendido, tanto para a fixação da pena-base quanto na terceira fase da dosimetria, nos moldes estabelecidos no art. 42 do Lei nº 11.343/06 (HC 117.435, julgado em 19/11/13). No mesmo sentido: HC 111485, STF, 1ª Turma, julgado em 01/10/13, HC 117024, STF, 1ª

Turma, Julgado em 19/09/13, HC 113136, STF, 1ª Turma, julgado em 13/08/13, HC 113136, STF, 1ª Turma, julgado em 13/08/13.

Segundo a 2ª Turma, a “quantidade e qualidade de droga apreendida são circunstâncias que devem ser sopesadas na 1ª fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de *bis in idem*” (STF, 2ª Turma, HC 113063, julgamento em 24/04/13). No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, HC 115708, julgamento em 02/04/13, STF, 2ª Turma, HC 113641, julgamento em 18/12/12, STF, 2ª Turma, RHC 114590, julgamento em 11/12/12, STF, 2ª Turma, HC 99218, julgamento em 15/05/12.

Em meados do ano de 2014, contudo, houve julgamento pelo pleno do STF, com reconhecimento de repercussão geral, no qual se assentou o entendimento pela impossibilidade de utilização concomitante da quantidade e natureza da droga nas diferentes fases da dosimetria da pena, *in verbis*:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao *bis in idem*. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência. (ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

A partir de então o STF, em ambas as suas turmas, tem-se posicionado nesse sentido, conforme revela julgado da 1ª Turma a seguir colacionado:



HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. *bis in idem*. OCORRÊNCIA. 1. A escolha do patamar de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não prescinde de adequada fundamentação. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. 3. Ordem de habeas corpus concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida. (HC 123999, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014)

Outra situação interessante a ser apreciada por ocasião da análise da possibilidade de incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é dos agentes vulgarmente conhecidos como “mulas”. Esses transportadores de droga seriam integrantes das organizações criminosas? Há recentes decisões dos tribunais superiores, em ambos os sentidos, conforme se verifica nos precedentes a seguir:

Aplicabilidade da causa de diminuição	Inaplicabilidade da causa de diminuição
<p>[...] Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa.</p> <p>5. O exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga [...] (HC 124107, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)</p> <p>[...] Irretocável a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar de 1/6 (um sexto), diante da circunstância concreta de que o paciente, na condição de desempenhar papel vulgarmente conhecido como “mula”, apesar de não integrar, de forma estável e permanente, a organização criminosa, “age com pleno conhecimento de estar a serviço de um grupo dessa natureza” (HC 120985, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 03-11-2014 PUBLIC 04-11-2014)</p>	<p>[...] In casu, a paciente, na condição de “mula”, foi surpreendida transportando expressiva quantidade de droga ao exterior. Tal fato afasta o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, conforme parecer ministerial: “as instâncias ordinárias com base no acervo fático-probatório, evidenciaram que a paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, dedicava-se a atividades criminosas, desautorizando a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, uma vez que o redutor é incompatível com ambas as condições. A revisão de tal entendimento é inviável de ser realizada na via estreita do writ, por exigir dilação probatória. Contra a pretensão da paciente, é importante argumentar que o transportador da droga é elemento essencial na dinâmica do tráfico, pois sem a pessoa que conduza a droga ao seu local de destino fica inviabilizado o seu comércio.” [...] (HC 123430, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)</p>

Depois de reconhecida a possibilidade de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, surge outro desafio, concernente à definição do montante de diminuição entre 1/6 e 2/3. Tal tarefa afigura-se bastante complicada, visto que em rápida análise dos requisitos para a aplicação dessa minorante já se percebe que eles não admitem, propriamente, grandes juízos modulatórios. Em outras palavras, não é possível ser mais ou menos primário; o agente pode se dedicar às atividades criminosas e integrar organização

criminosa ou não, do mesmo modo acontecendo em relação aos seus bons antecedentes.

Assim, conforme mencionado acima, tem sido amplamente utilizada para o dimensionamento do montante de redução de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade/natureza das drogas apreendidas:

[...] Pretendida aplicação, em seu grau máximo, do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Descabimento. Redução de metade justificada pela natureza e pela quantidade da droga apreendida (50 g de cocaína), bem como pela apreensão do material destinado a sua preparação [...] (HC 125781, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 27-04-2015 PUBLIC 28-04-2015)

[...] A instância ordinária, para reduzir apenas de metade a pena imposta ao paciente, por força do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, valorou negativamente a natureza e a quantidade da droga apreendida (50 g de cocaína), bem como a circunstância de terem sido apreendidos em seu poder “materiais utilizados na fabricação dos entorpecentes”, motivação suficiente para obstar a redução no máximo legal [...] (HC 125991, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 27-04-2015 PUBLIC 28-04-2015)

[...] Justifica-se a aplicação, no grau mínimo (1/6), do redutor de pena descrito no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante da gravidade concreta da infração, evidenciada pela apreensão de 2 kg de cocaína em poder da paciente, detida na iminência de embarcar em voo para a África do Sul. [...] (HC 120949, Relator(a): Min. DIAS

TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 30-01-2015 PUBLIC 02-02-2015)

[...] Assim, à luz dos dispositivos acima mencionados, a quantidade e a natureza da droga apreendida na espécie – 25,55 gramas de cocaína – justificam a aplicação da redução, à razão de 1/2 (metade) [...] (HC 201102066063, LAURITA VAZ, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA:01/03/2013)

A quantidade/natureza da droga, contudo, não é o único aspecto que permite o dimensionamento da causa de diminuição. O grau de colaboração do agente para a distribuição da droga, mesmo que insuficiente para assentar a sua participação na organização criminosa, é um outro aspecto que pode ser levado em conta para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Segundo o STF, tal circunstância pode vir a diferenciá-lo de “mero distribuidor varejista de pequenas quantidades de entorpecentes a alguns poucos usuários”, justificando a aplicação da minorante em percentual intermediário (STF, 2ª Turma, HC 113303, julgamento em 11/09/12)

Também já foi considerada para a redução da pena em 1/6 (um sexto), a remuneração auferida pelo réu pelo transporte da droga e “[...] o tempo dedicado à viagem desde a origem até o destino [...]” (HC 110900, LUIZ FUX, STF, 1ª Turma, 23.4.2013).

As causas de aumento para crimes de tráfico e assemelhados (arts. 33 a 37, da Lei nº 11.343/2006) estão previstas nos seis incisos do art. 40, da Lei nº 11.343/2006, sendo que, de acordo com este dispositivo, a pena poderá ser acrescida, em decorrência da verificação dessas majorantes, de um sexto a dois terços.

Antes de especificamente adentrar nos comentários sobre as hipóteses legais de aumento, é necessário enfrentar a questão relativa

à forma de proceder quando, no caso concreto, estiverem presentes mais de uma causa de aumento.

No art. 68, parágrafo único, do Código Penal, há regra segundo a qual: “no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”. Tal regra, contudo, para além de conferir uma faculdade ao juízo (“pode o juiz”), não se aplica propriamente ao concursos de causas de aumento, mas ao concurso de causas de aumento e diminuição.

Assim, frente à lacuna legal sobre o tema, descortinam-se, basicamente, três possíveis entendimentos. O primeiro reconhece que, “embora ocorrendo, concretamente, mais de uma causa de aumento, aplica-se somente um aumento, enquanto a remanescente poderá ser valorada como agravante ou causa judicial”⁸². O segundo considera que deve ser feita pelo intérprete a opção por uma das causas de aumento aplicável, desprezando-se a(s) demais. E o último, que parte do pressuposto de que cada causa de aumento tem um âmbito próprio de proteção e de incidência, reconhece a possibilidade de aplicação concomitante de mais de uma delas, desde que observando conjuntamente o limite máximo de 2/3, sem que se possa falar em *bis in idem*⁸³.

O segundo entendimento não guarda razoabilidade, visto que acaba por equiparar, em prejuízo ao princípio da individualização das penas, condutas com gravidades bem diversas. De outro lado, embora defensável o primeiro entendimento, afigura-se mais adequado o terceiro, que, inclusive, encontra amparo na recente jurisprudência do STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES.

82 BALTAZAR JR. (2014, p. 1101).

83 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 165).

INTERESTADUALIDADE. CUMULAÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO – ART. 40, INCISOS I E V, DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INTERESSE DE DIFUSÃO DA DROGA EM MAIS DE UM ESTADO DA FEDERAÇÃO. Embora possível a cumulação das causas de aumento referente a internacionalidade e interestadualidade do tráfico ilícito de entorpecentes, esta última poderá incidir somente quando houver, pelo menos, a comprovação do interesse em difusão da droga em mais de um Estado da Federação. Assim, não se revela admissível sua incidência em hipóteses de mero transporte terrestre da mercadoria proveniente do exterior com destino final certo em localidade estranha ao Estado fronteiriço pelo qual ingressou. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 201101866587, FELIX FISCHER – QUINTA TURMA, DJE DATA:17/11/2014)

[...] O agravamento da pena-base em 3/6, em razão da incidência das causas de aumento previstas no art. 40, IV e V, da Lei de Drogas, é perfeitamente possível quando justificado em circunstâncias concretas do crime, tais como emprego de duas armas de fogo de uso restrito e envolvimento de um menor com 15 anos de idade [...] (HC 201401215170, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – SEXTA TURMA, DJE DATA:09/03/2015)

Isso não quer significar, de outro lado, que, havendo apenas adequação a uma causa de aumento no caso concreto, a pena tenha que ser aumentada no seu patamar mínimo (1/6). Em verdade, a questão deve ser analisada caso a caso, e decidida motivadamente, tanto sendo possível majorar o percentual de aumento de pena em decorrência da subsunção a mais de uma hipótese dos incisos do art. 40 quanto em decorrência de um maior grau de reprovabilidade da conduta do

agente no tocante a uma dessas hipóteses. Cite-se, nesse sentido, o entendimento de José Paulo Baltazar Jr.⁸⁴

Uma tese defensiva que tem sido bastante suscitada com relação à aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, diz respeito à alegação de *bis in idem* no seu reconhecimento em relação ao agente que transporta droga com destino ao exterior, visto que o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 contém no seu tipo penal os verbos importar e exportar, aos quais é ínsita a ideia de transnacionalidade do delito.

Tal tese, entretanto, pode ser facilmente afastada, e de fato vem sendo por diversos tribunais pátrios, na medida em que o tipo penal previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, qualifica-se como um tipo misto alternativo, de ação múltipla, sendo que na maioria das vezes o agente, para além “importar” ou “exportar” a droga, também incide em outros verbos nucleares como “transportar”, “adquirir”, “trazer consigo” ou “guardar”. Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente do STF:

[...] O crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, é de ação múltipla ou de conteúdo variado. A incidência da causa de aumento de pena do art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 à conduta do agente que transporta droga com destino ao exterior não configura *bis in idem*, uma vez que não foi considerada, na terceira fase da dosimetria da pena, elementar do tipo penal [...] (HC 122299, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-10-2014 PUBLIC 07-10-2014)

Para firmar a transnacionalidade do delito e, assim, a aplicabilidade dessa causa de aumento, basta que seja comprovada a origem

84 BALTAZAR JR. (2014, p. 1102).

ou destinação da droga no exterior, não sendo necessário que o “tenha, efetivamente, alcançado o território estrangeiro” (ACR 00027107320144058100, TRF5 – Primeira Turma, DJE – Data: 06/11/2014). Conforme pronunciou-se o STJ, afigura-se “[...] suficiente a demonstração do intuito da prática do crime de tráfico de drogas para além do território nacional ou a comprovação de que o réu introduziu ou concorreu para a introdução da droga em território nacional [...]” (AGRESP 201100590181, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA:04/11/20130).

No mesmo sentido, ponderou o TRF3 em julgado que

[...] caracteriza-se a circunstância pela execução potencial (restrita ao território de um país mas destinada a operar efeitos em outro) ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país, consequentemente bastando a destinação do entorpecente ao exterior para a incidência da qualificadora e não havendo que se falar em “iter criminis” com relação à majorante, que se perfaz com a comprovada destinação da droga ao exterior [...] (ACR 0007025-35.2011.4.03.6119, TRF-3, 2 Turma, j. 23/04/13).

Seguem colacionados alguns casos em que a transnacionalidade do delito de tráfico de drogas foi reconhecida, com as respectivas circunstâncias:

Precedente	Circunstâncias apontadas para justificar a transnacionalidade do delito de tráfico
ACR 0002429-08.2011.4.01.4100 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.521 de 09/11/2012	[...] A transnacionalidade do tráfico de drogas é indubitosa, pois os autos dão conta de que um dos acusados foi <u>preso em flagrante em região brasileira fronteira</u> com a Bolívia. É irrelevante se o agente recebeu o entorpecente de um lado ou de outro da fronteira, ainda que a entrega tenha ocorrido dentro do território brasileiro. Os depoimentos dos <u>corréus à autoridade policial</u> , todos coerentes com as provas colhidas em Juízo, juntamente com os depoimentos dos policiais, permitem concluir que a droga adveio da Bolívia, com destino final Porto Velho. A <u>quantidade e qualidade da droga</u> apreendida (10.433kg de cocaína) é fator de relevância na caracterização da transnacionalidade do tráfico [...]
ACR 00064233220104036102, DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, TRF3 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2014	[...] Comprovada a transnacionalidade. <u>Escutas telefônicas</u> . Laudo de Exame de Equipamento Computacional – <u>telefone celular atestou que várias mensagens provenientes do Paraguai</u> , cujo código do país é 595, foram recebidas em um dos aparelhos apreendidos em poder de um dos acusados [...]
ACR 0009846-83.2012.4.03.6181, ,TRF-3, 2 Turma, j. 10/12/13	[...] A transnacionalidade do delito está devidamente configurada, particularmente pela apreensão da droga em pacote endereçado à China, e que estava prestes a ser remetido pelo correio [...]
ACR 00027899120114036005, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2013	[...] A transnacionalidade do delito está devidamente configurada, particularmente pela <u>admissão do réu em interrogatório de que fora contratado para realizar quatro “viagens” ao Paraguai</u> em que faria o transporte de droga proveniente deste país para o Rio de Janeiro [...]

Precedente	Circunstâncias apontadas para justificar a transnacionalidade do delito de tráfico
ACR 00100658820124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2013	[...] A transnacionalidade do delito está devidamente configurada, particularmente pelas <u>passagens internacionais juntadas aos autos</u> e pelas circunstâncias fáticas, tendo sido preso em flagrante ao trazer consigo, para fins de transporte internacional, a droga acima especificada, nos termos da denúncia [...]
ACR 0002653-94.2011.4.03.6005, TRF-3, 5 Turma, 1a Seção, data julgamento: 04/11/13.	[...] A transnacionalidade do delito restou evidenciada pelas circunstâncias fáticas – <u>prisão em flagrante em região de fronteira</u> , o réu informou durante a revista policial ter adquirido a droga no Paraguai – e pelas <u>declarações das testemunhas</u> de acusação, pelo que plenamente viável a incidência da majorante da transnacionalidade do tráfico [...]
ACR 00246443920104013800, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TRF1 – QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:09/03/2012	[...] não obstante a droga tenha sido adquirida em território nacional e não tenha ultrapassado as fronteiras brasileiras, por ter sido frustrada a sua viagem pela ação diligente da polícia, tal fato não afasta a transnacionalidade do delito, <u>uma vez que posteriormente embarcaria em voo internacional</u> [...]
ACR 00005682820074013000, DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TRF1 – TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:06/03/2009	[...] A <u>declaração do réu</u> , de que a droga com ele apreendida foi trazida do Peru, é suficiente para caracterizar a transnacionalidade do tráfico de drogas [...]
ACR 201051018055671, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 30/03/2011	[...] A transnacionalidade do delito restou evidenciada não só através das circunstâncias do flagrante – eis que o <u>réu foi preso no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro quando tentava embarcar em voo com destino à Lisboa/Portugal</u> -, como também foi <u>admitida pelo próprio réu ao ser interrogado</u> , onde afirmou serem verdadeiros os fatos narrados na denúncia, dando a certeza de que a droga se destinava ao exterior [...]



Precedente	Circunstâncias apontadas para justificar a transnacionalidade do delito de tráfico
RHC 121092, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014	[...] o paciente, cidadão estrangeiro, foi preso em flagrante e condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, c/c art. 40, I, da Lei 11.343/2006 (tráfico internacional de drogas), pois foi <u>surpreendido no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, quando se preparava para embarcar para Joanesburgo/África do Sul</u> , com 2.365g (dois mil, trezentos e sessenta e cinco gramas) de cocaína, oculta no fundo falso de uma bolsa que levava no interior de sua bagagem [...]
ACR 00117113620124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015	[...] Transnacionalidade delitiva incontroversa, revelada pela <u>confissão do réu</u> somada a <u>histórico viajante</u> e circunstâncias fáticas narradas pelas testemunhas, provas que demonstram que a substância entorpecente é proveniente da República da Colômbia [...]

Uma vez firmada a transnacionalidade do delito, resta pendente a definição do *quantum* do aumento, sendo que a 2ª Turma do STF reconheceu a distância entre os países de origem e destino, no tráfico transnacional de drogas, como critério apto a justificar maior reprimenda na definição do montante de aumento da causa prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, nos seguintes termos:

[...] O fato de o paciente ter se deslocado ao Brasil, vindo da África do Sul, com o único propósito de voltar ao seu País de origem com relativa quantidade de droga evidencia uma audácia mais elevada, se comparado com aquele que se arrisca a traficar entorpecentes entre fronteiras próximas, fato que justifica o aumento de ¼ à pena do paciente [...] (HC 118389, STF, 2ª Turma, julgamento em 05/11/13).

No TRF3, ao seu turno, é assente o entendimento de que “[...] a mera distância que seria percorrida pelo agente não legitima a exasperação da sanção, mas somente a hipótese em que se constata que a droga traficada seria distribuída em mais de um país estrangeiro”[...] (ACR 00035292720134036119, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015).

Sobre a causa de aumento de prevailecimento de funções públicas não existem grandes discussões ou debates. Basta dizer que, com a sua previsão, o legislador visou à repressão de forma mais gravosa do agente que, pela natureza de suas funções ou pela finalidade de suas atividades, deveria combater o tráfico, e não praticá-lo. Ao contrário do que exigia a legislação anterior (art. 18, II, da Lei nº 6.368/1976), não mais se faz necessária para a aplicação dessa majorante que a função pública esteja relacionada com a repressão da criminalidade⁸⁵.

Devem ser apenadas de forma mais grave, segundo a majorante do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, os delitos de tráfico praticados, nas dependências ou imediações de: a) estabelecimentos prisionais; b) estabelecimentos de ensino; c) estabelecimentos hospitalares; d) sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes; e) locais de trabalho coletivo; f) recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza; g) serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social; h) unidades militares ou policiais; ou em i) transportes públicos.

Conforme mencionado por José Paulo Baltazar Jr., há duas possibilidades interpretativas acerca do caráter dessa causa de aumento:

[...] Para a primeira, a causa de aumento é objetiva, bastando à sua incidência que o fato tenha ocorrido em um dos locais mencionados, independentemente de qualquer intenção específica do agente

85 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 168).

ou resultado concreto [...]. Adotada essa orientação, aplica-se a majorante para aquele que transporta a droga como passageiro em ônibus de linha, independentemente de efetiva distribuição de droga naquele local [...]. Para a segunda, exige-se que o comportamento ostensivo do agente tenha, de algum modo, estimulado a utilização por terceiros [...]. Nessa linha, já se afirmou, quanto aos transportes públicos, que somente incide a causa de aumento quando o tráfico está direcionado aos passageiros [...].

Especificamente no que diz respeito ao crime de tráfico praticado em transportes públicos, de maior recorrência prática, é possível encontrar recentes decisões do STF em ambos os sentidos, conforme revelam os precedentes a seguir:

A apreensão de substância entorpecente na posse de agente que se encontrava no transporte público – ônibus coletivo -, sem que haja comprovação de mercancia de drogas dentro do veículo, não é suficiente para aplicação da causa de aumento prevista na Lei Antidrogas. Alteração de entendimento da Primeira Turma” (STF, 2ª Turma, HC 115815, julgamento em 13/08/13); e “O inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 visa a punir com maior rigor a comercialização de drogas em determinados locais, como escolas, hospitais, teatros e unidades de tratamento de dependentes, entre outros. Pela inserção da expressão “transporte público” nesse mesmo dispositivo, evidencia-se que a referência há de ser interpretada na mesma perspectiva, vale dizer, no sentido de que a comercialização da droga em transporte público deve ser apenada com mais rigor. Logo, a mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não leva à aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 (STF, 1ª Turma, HC 109538, julgamento em 15/05/12).

[...] Por se tratar de infração pluriofensiva, o simples fato de utilizar o agente meio de transporte público para o transporte do entorpecente é suficiente para a incidência da majorante, na medida que “transportar” e “trazer consigo” são elementos do tipo penal descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06, de modo que, não obstante a paciente não estivesse comercializando o entorpecente no interior daquele veículo de transporte público coletivo, a mera conduta consistente em “transportar” ou “trazer consigo” a droga por esse meio é suficiente para justificar a incidência da majorante. 4. Como destacado pela Ministra Cármen Lúcia (HC nº 109.411/MS, Primeira Turma, DJe de 26/10/11), “[a] majorante é de natureza objetiva e, por conseguinte, aperfeiçoa-se com a constatação de ter sido o crime cometido no lugar indicado, no caso, em transporte público, independentemente de qualquer indagação sobre o elemento anímico do infrator. Naquele ambiente, é facilitada a atuação do agente, porque o maior número de pessoas presentes no interior do meio de transporte dificulta a ação fiscalizadora e, por conseguinte, facilita a disseminação da droga no meio social [...] (STF, 1ª Turma, RHC 115399, julgamento em 04/06/13).

De outro turno, de acordo a 1ª Turma do STF, “o tráfico de drogas nas imediações de estabelecimentos de ensino é suficiente para incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, independente de os agentes visarem ou não os frequentadores daquele local” (HC 116929, julgado em 15/10/2013).

Para que a causa de aumento do art. 40, IV seja aplicada, é necessário que haja relação de causalidade entre a prática do delito de tráfico de drogas e o emprego de violência ou grave



ameaça, a utilização de arma de fogo ou, ainda, o emprego de qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva.

O *quantum* de aumento em decorrência do enquadramento nessa majorante será, naturalmente, proporcional à violência, ameaça, intimidação ou ao número de armas empregadas, conforme revela o seguinte precedente do STJ:

[...] Inviável a incidência da menor fração legalmente prevista relativa à majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 – tráfico de drogas cometido com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva -, pois restou comprovado que foram encontradas em poder da associação duas pistolas, três granadas, uma escopeta, munições e explosivos, circunstâncias que bem revelam a impossibilidade de aplicação da menor fração prevista em lei [...]” (HC 201001583650, JORGE MUSSI – QUINTA TURMA, DJE DATA:02/09/2011).

Importante salientar, ademais, que para aplicação dessa causa de aumento, em decorrência do emprego de armas de fogo, não é necessária a efetiva apreensão das armas, visto que tal circunstância pode ser suprida por outras prova. Com efeito, conforme decidido pelo STJ “[...] o argumento de que não foi apreendida arma de fogo, não é capaz de afastar a aplicação da referida causa de aumento, uma vez que as instâncias de origem invocaram outros elementos para reconhecer a incidência do art. 40, IV, da Lei 11.343/06 [...]” (HC 201100370349, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DATA: 16/12/2013).

Trata-se o aumento da interestadualidade de hipótese objetiva de aumento de pena, bastante parecida com aquela prevista no inciso I, do art. 40, da Lei nº 11.343/2006. Distingue-se dela apenas no tocante à destinação ou origem da droga, que na hipótese do inciso I (transna-

cionalidade) deve ser o exterior, e no presente caso deve envolver – ao menos – dois diferentes estados brasileiros. Muitos dos comentários lá realizados aplicam-se, portanto, também ao presente tópico.

Tal como verificado em relação à causa de aumento do tráfico internacional, a majorante do tráfico interestadual também exige do agente o conhecimento de tal circunstância, ou “[...] pelo menos ter consciência da possibilidade consistente de que isso está ocorrendo ou ocorrerá [...]”⁸⁶.

De acordo com o STJ, “[...] para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente a comprovação de que a droga tinha como destino outro Estado [...]” (HC 201001741228, HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:26/10/2011)⁸⁷. Na mesma toada pronuncia-se o STF:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO INTERESTADUAL. DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser desnecessária a efetiva transposição das fronteiras interestaduais para a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40, “bastando a comprovação inequívoca de que a droga adquirida num estado teria como destino outro estado da Federação” (HC 115893, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda

86 GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 136).

87 No mesmo sentido: “[...] Tal qual o tráfico internacional, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual para que fique autorizada a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V da Lei 11.343/06; bastarão, para tanto, evidências de que a substância entorpecente mercadejada tem como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais. Precedente da 5a. Turma: HC 93.223/MS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU 13.10.08 [...]” (HC 200802421299, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ – QUINTA TURMA, DJE DATA:25/05/2009 ..DTPB:.).



Turma, DJe de 04-06-2013). Precedentes. 2. Ordem denegada. (HC 111076, TEORI ZAVASCKI, STF.)

As evidências da interestadualidade do tráfico, tal como as de sua internacionalidade, podem advir de diversas fontes, a exemplo da “[...] confissão do paciente e de seu bilhete de passagem [...]” (HC 110438, CÁRMEN LÚCIA, STF) ou da prisão do agente “[...] dentro de ônibus que tinha como itinerário Ponta Porã/MS – Campo Grande/MS [...]” (HC 201102293532, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:18/12/2012).

Aspecto importante diz respeito à possibilidade de aplicação simultânea das causas de aumento de pena previstas nos incisos I (transnacionalidade) e V (transestadualidade). Sobre esse assunto tem prevalecido o entendimento de que só se aplicariam, “[...] cumulativamente, os aumentos de pena pela transnacionalidade do tráfico e pela interestadualidade quando o agente importa a droga com o intuito de distribuí-la em mais de uma unidade da federação [...]” (ACR 0001723-81.2008.4.03.6005, TRF-3, 2 Turma, j. 04/12/12). No mesmo sentido:

[...] A caracterização do tráfico interestadual de drogas se dá quando a intenção do agente é a de disseminar o entorpecente em um ou mais estados da federação. Caso em que o crime se iniciou no Paraguai, onde a droga foi recebida, para ser transportada para Cuiabá/MT ou Rondônia. O trajeto percorrido pelo réu no curso da ação não é suficiente para caracterizar a causa de aumento derivada da interestadualidade do tráfico, já que a passagem pelo estado do Mato Grosso do Sul foi apenas uma etapa do tráfico transnacional [...] (ACR 00041874420094036005, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2014).

Não deixa de ser defensável, contudo, o entendimento em sentido contrário, visto que

enquanto a transestadualidade visa punir a maior amplitude territorial da conduta, que potencializará o risco ao bem jurídico (saúde pública nacional), no caso do tráfico internacional, a ratio do maior agravamento na punição está na violação à ordem jurídica e aos interesses de mais de um país⁸⁸.

No tocante à causa de aumento do art. 40, VI, não há grandes controvérsias. Para que ela seja aplicada, é necessário, naturalmente, “que o agente tenha conhecimento da menoridade do comprador, receptor, etc., ou de sua deficiência de inteligência ou vontade”, sendo que esse “conhecimento será apreciado de acordo com as circunstâncias do caso, como, por exemplo, se o agente vender “maconha” na porta de um ginásio, local normalmente frequentado por menores”⁸⁹.

No que se refere à quantificação do aumento em decorrência dessa causa, o STJ já decidiu no sentido de que

[...] A simples menção ao envolvimento de um adolescente na prática do delito, sem nenhum outro elemento concreto demonstrando maior gravidade dessa participação, não autoriza a exasperação da pena em 1/3, pela aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, devendo a majoração ser reduzida ao patamar mínimo de 1/6 [...]. (HC 201000375941, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ – SEXTA TURMA, DJE DATA:09/11/2011).

88 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 176).

89 GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 138).

O art. 36 da Lei de Drogas tipifica a conduta daquele que financia ou custeia a prática de qualquer dos crimes previstos nos seus arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 (produção e tráfico de drogas) e culmina pena de reclusão de oito a vinte anos e multa. Dessa forma, a previsão do financiamento ou custeio da prática dos crimes definidos nos arts. 33 a 37 da referida norma como causa de aumento gera estranheza.

Embora se possa atribuir tal duplicidade de previsões a eventual falha na elaboração do texto legislativo⁹⁰, não se deve, ante a potencialidade de cada um dos dispositivos, ignorar uma ou ambas⁹¹. Ao mesmo tempo, deve-se atentar para a questão do *bis in idem*.

Nesta linha, surgem como distinções entre o crime autônomo de financiamento ou custeio e a causa de aumento em tela a limitação de aplicabilidade a certos delitos, a centralidade da conduta financiar ou custear e “a estabilidade da atuação, exigida para o crime autônomo, mas dispensada para a incidência da causa de aumento”⁹².

Quanto ao primeiro ponto, tem-se entendimento no sentido de que “somente se o agente financiar os crimes previstos nos arts. 33 §§ 2º e 3º, 35 e 37 incide o aumento da pena, tendo em vista que os tipos do art. 33, *caput* e § 1º, e 34, quando financiados, caracterizam o tipo do art. 36, não incidindo para este a majorante”⁹³.

90 MENDONÇA; CARVALHO (2008, p. 180).

91 Para Fernando Capez: “se o agente só financia ou custeia, responde apenas pelo crime previsto no art. 36, sem a incidência da causa de aumento. Se financia ou custeia e, além disso, participa ou comete o tráfico, responde por ambos os crimes em concurso material, sem a incidência da majorante. A causa, portanto, não tem incidência, estando natimorta (ineficaz desde sua vigência)”. (CAPEZ 2012, p. 241). Também Andrey Borges e Paulo Galvão: “[...] por qualquer ângulo que se veja a questão, confirma-se que a presente causa de aumento de pena é inaplicável”. (MENDONÇA; CARVALHO 2008, p. 182).

92 GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 139). Em sentido contrário, Rogério Sanchez (cit., p. 212): “o sustento deve ser habitual, costumeiro, rotineiro, condição de sobrevivência do tráfico (de drogas ou maquinários). Essa conclusão é facilmente extraída da simples leitura dos dois dispositivos: o parágrafo único do tipo anterior, que só pune a reunião estável de duas ou mais pessoas que visam financiar *reiteradamente* os crimes de tráfico, e do art. 40, VII, majorante aplicável no caso de o sustento ser meramente ocasional (outra interpretação conduz o operador ao inaceitável *bis in idem*).” Frisa-se que há posicionamentos distintos.

93 BACILA; RANGEL (2007, p. 152).

Há, contudo, entendimento em sentido oposto, de acordo com o qual o art. 36 da Lei nº 11.343/2006 se restringiria aos crimes previstos em seus arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, ao passo que “a causa especial de aumento de pena, conforme o *caput*, poderia ser aplicada a qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da mesma lei, com exceção, é claro, aos crimes previstos no parágrafo único do art. 35 [associação para o financiamento ou custeio autônomo], e no art. 36”⁹⁴.

Nesse último sentido, cite-se o seguinte trecho do voto do Min. Jorge Mussi, do STJ, em seu voto no HC 164.682 – SP (2010/0041579-1):

[...] Quanto à mencionada causa de aumento, não há falar em inconstitucionalidade, pois esta visa apenas à individualização da pena do agente que financia ou custeia a prática do tráfico, referindo-se o *caput* do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, expressamente ao delito do artigo 33, *caput*, da mesma lei, e só se poderia falar em *bis in idem* caso houvesse sido imputado a Endro, em concurso material, o delito autônomo previsto no artigo 36, da lei em foco; no caso, incide o crime do artigo 36 quando o financiamento ou o custeio do tráfico é reiterado, incidindo a causa de aumento quando, como na hipótese, é eventual [...].

Já no que tange à segunda distinção (centralidade da conduta financiar ou custear), Vicente Greco e João Daniel Rassi afirmam ser possível conciliar os dispositivos considerando grau e circunstâncias:

Aplica-se o art. 36 para aquele em que o financiar é o núcleo central e praticamente o único de sua conduta [...] É o crime daquele que se mantém oculto e fornece o dinheiro para custear atividades do tráfico sem se envolver em atividade executiva [...] Aplica-se

94 MARCÃO (2014, p. 212).



o aumento de pena se o agente está no tráfico e incide em um dos crimes dos arts. 33 e § 1º ou 34 e, no correr da prática, em conduta envolvida, põe recursos à disposição de companheiros ou partícipes para que estes façam a sua parte na cadeia do tráfico. Há, pois, duas esferas de incidência, podendo haver desclassificação da acusação pelo art. 36 para o aumento de pena⁹⁵.

Nos casos em que há autofinanciamento, ou custeio com recurso próprios, José Paulo Baltazar Jr. aponta duas soluções, quais sejam: a) a absorção do delito autônomo de financiamento pelo delito financiado, tendo aqui lugar a causa de aumento em tela; ou b) a consideração deste último crime como pós-fato impunível, restando absorvido por aquele⁹⁶. Há recente julgado do STJ que dá guarida à primeira solução apresentada, a saber:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. FINANCIAMENTO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO VII, DA MESMA LEI. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO, EM CONCURSO MATERIAL, PELA PRÁTICA DOS CRIMES DO ART. 33, CAPUT, E DO ART. 36 DA LEI DE DROGAS. 1. O financiamento ou custeio ao tráfico ilícito de drogas (art. 36 da Lei nº 11.343/2006) é delito autônomo aplicável ao agente que não tem participação direta na execução do tráfico, limitando-se a fornecer os recursos necessários para subsidiar a mercancia. 2. Na hipótese de autofinanciamento para o tráfico ilícito de drogas não há falar em concurso material entre os crimes de tráfico e de financiamento ao tráfico, devendo ser o agente condenado pela pena do

95 GRECO FILHO; RASSI (2007, p. 139).

96 BALTAZAR JR. (2014, p. 1090).

artigo 33, caput, com a causa de aumento de pena do artigo 40, inciso VII, da Lei de Drogas. 3. Recurso especial improvido. (STJ – REsp: 1290296 PR 2011/0265668-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 17/12/2013, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2014).

Por último, cumpre-se destacar que a causa de aumento em tela não se confunde com a agravante do art. 62, I, do Código Penal, inciso I do art. 62 do CP,

pois financiar ou custear a empreitada criminosa não é o mesmo que organizar a cooperação ou dirigir a atividade dos demais agentes, de modo que não há *bis in idem* no reconhecimento de ambas as circunstâncias em relação ao mesmo acusado (TRF3, AC 200861190047483, Cotrim Guimarães, 2ª T., u., 7.12.10).

O art. 42, da Lei nº 11.343/2006 expressamente dispõe que o juiz deverá considerar com preponderância na dosimetria da pena dos crimes de tráfico de drogas e relacionados, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, a personalidade e a conduta social do agente.

Se a personalidade e a conduta social do agente são fatores que não são passíveis de avaliação objetiva (assim como algumas outras circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal), o mesmo não se pode dizer em relação à quantidade e natureza da droga apreendida; aspectos que podem ser concretamente precisados a partir de uma análise conjunta do auto de apreensão e do laudo pericial realizado sobre a droga.

Não obstante a possibilidade de avaliação objetiva da quantidade e da natureza da droga envolvida, bem como a proeminência de tais circunstâncias estabelecida pela lei, não há atualmente no direito brasileiro guia parametrizado para a justa, adequada e uniforme fixação das penas nos crimes de tráfico de drogas e relacionados segundo tais critérios.

Nesse contexto, portanto, os juízes e tribunais brasileiros acabam adotando distintas proporções de aumento/diminuição do *quantum* da pena conforme a quantidade e natureza da droga apreendida nos casos por ele analisados, circunstância esta que, por implicar em tratamentos inadequadamente díspares, urge por ser imediatamente contornada.

Em decorrência disso, o GT Dosimetria da Pena desenvolveu projeto autônomo para consolidar uma tabela parametrizada com o específico desiderato de estabelecer parâmetros objetivos, técnicos e uniformes para, no tocante à natureza e a quantidade da substância envolvida, nortear o adequado apenamento dos crimes de tráfico de drogas e relacionados. Assim, faz-se remissão ao relatório deste projeto, visto que atende integralmente ao objetivo deste manual no que concerne ao presente tópico.

Do mesmo modo, no que concerne aos comentários acerca dos reflexos da personalidade e da conduta social do agente na dosimetria da pena, remete-se o leitor ao capítulo XX da parte geral deste roteiro (art. 59).

CAPÍTULO 3

DOSIMETRIA DA PENA DO INDÍGENA¹

Há disposição na Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) que dispõe sobre atenuante genérica a todo indígena que tenha praticado infração penal:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Referida disposição encontra respaldo tanto na Constituição Federal como em disposição da Convenção 169-OIT:

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no HC nº 85.198 entendeu pela aplicabilidade da referida amplamente por se tratar de “direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena”:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO

1 Tópico com colaboração do GT Intercameral Presos indígenas e violência policial contra indígenas.