



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1851377 - MT (2019/0358869-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : GILMAR DONIZETE FABRIS
ADVOGADOS : ZAID ARBID - MT001822
 : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN - DF002977
 : JOSE AUGUSTO RANGEL DE ALCKIMIN - DF007118
 : SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR - DF019277
 : JOIFER ALEX CARAFFINI - MT013909
RECORRIDO : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
AGRAVANTE : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
AGRAVADO : GILMAR DONIZETE FABRIS
ADVOGADO : ZAID ARBID - MT001822

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por **GILMAR DONIZETE FABRIS** contra decisão que não conheceu do seu recurso especial e, na mesma assentada, conheceu do agravo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO** para dar provimento ao recurso especial, fixando a pena definitiva em 15 (quinze) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão (e-STJ, fls. 5.562-5.565).

Nas razões do presente agravo, insurge-se o recorrente contra o aumento de 1/8 por cada circunstância judicial, sob o argumento de que o cálculo dosimétrico não estaria sujeito ao rigor matemático.

Além disso, aponta a defesa *bis in idem*. Assevera que a função exercida pelo recorrente, de Chefe do Poder Legislativo, teria sido considerada para valorar negativamente a personalidade e a conduta social, bem como para impor a causa de aumento do § 2º do art. 327 do CP.

Acrescenta, ainda, que o vetor culpabilidade estaria ancorado em elementos imanentes ao tipo penal do peculato, violando também à vista disso o princípio *do ne bis in idem*.

Finalmente, em petitório autônomo (e-STJ, fls. 5.582-5.590), o recorrente alega questão de ordem, pretendendo seja reconhecida a extinção da punibilidade, pois o acatamento das teses de seu agravo regimental, com a redução da pena, resultaria na prescrição.

É o relatório.

Diante das razões apresentadas no agravo regimental (que justificam a concessão de *habeas corpus* de ofício, como se verá adiante), e da mais recente orientação da Quinta Turma deste STJ, reconsidero a decisão agravada e passo a novo exame dos recursos especiais.

Primeiramente, as teses da defesa quanto à ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena configuram inovação recursal, porquanto não apresentadas no recurso especial. Todavia, sendo flagrante a ilegalidade do acórdão recorrido neste ponto, penso que o caso comporta o decote *ex officio* de parte das vetoriais negativas do art. 59 do CP.

Para subsidiar este julgamento, transcrevo os fundamentos adotados pela Corte de origem:

"A culpabilidade do réu lhe é desfavorável, na medida em que, em decorrência dos sucessivos desvios praticados, colaborou relevantemente para a dilapidação do Erário. Ademais, do contexto probatório e fático é visível a sua consciência deliberada para a prática do delito, bem como das declarações em Juízo, a negativa

infundada da consciência da prática delitiva.

Tecnicamente, o réu possui bons antecedentes criminais. Por outro lado, quanto à personalidade e conduta social, embora não haja elementos psicossociais nos autos para aferir, dos relatos dos proprietários de empresa envolvidos, e do contexto político, que, dada a sua função, por si só já enseja expectativa de conduta retilínea e proba, tem-se como reprovável e desonesta.

Quanto aos motivos, são inerentes ao próprio tipo penal e estão voltados à violação princípios essenciais da administração pública, como a moralidade e a supremacia do interesse público.

As circunstâncias delitivas também devem ser sopesadas de maneira desfavorável, pois a trama engendrada por ele e seus comparsas dificultou ao máximo a descoberta e apuração dos crimes, tanto que demandou intensa instrução e investigação, e mesmo assim não viabilizou o rastreamento e recuperação dos valores, que são bastante significativos para os Cofres Públicos.

As consequências do crime, embora graves, não transcendem aquelas já inerentes ao tipo penal, razão pela qual não serão consideradas em seu desfavor.

O comportamento da vítima, no caso, o Estado, não influenciou na prática do delito.

A luz de tais considerações, atento aos parâmetros estabelecidos no preceito do art. 312, caput, do CP, que prevê pena de prisão de 02 a 12 anos, e multa, fixo a pena-base em 03 (três) anos de prisão, e 60 (sessenta) dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstância agravante ou atenuante a ser considerada.

Na terceira fase, no entanto, reconheço a majorante do art. 327, § 2º, do CP, porque, é entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, que esta causa de aumento se aplica aos detentores de mandato eletivo que exercem, cumulativamente, as funções política e administrativa (STF, RHC 110513/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T. Dje 18/06/2012). Logo, aumento a pena na sua terça parte, fixando-a em 04 (quatro) anos de prisão e 80 (oitenta) dias-multa.

Está configurada, na hipótese, a continuidade delitiva, razão pela qual elevo a pena em 2/3 (dois terços), tornando-a DEFINITIVA em 06 (seis anos, 08 (oito) meses de prisão e 133 (cento e trinta e três) dias-multa. estabelecendo, para cada dia-multa, o valor de 01 (um) salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em razão da condição socioeconômica do réu" (e-STJ, fls. 4.596-4.597).

Sobre a culpabilidade, todos os elementos indicados pelo TJ/MT já se encontram contemplados no tipo do peculato. Afinal, a dilapidação patrimonial do erário é consequência inafastável do delito; eventual montante que extrapole a normalidade deve ser exposto e valorado negativamente quando do exame das consequências do delito - que, neste caso, foram neutras, conforme se vê do trecho acima transcrito. A consciência deliberada para a prática do crime, por outro lado, corresponde ao dolo, e por isso integra o tipo subjetivo, sem o qual a tipicidade sequer estaria satisfeita.

A análise da personalidade e da conduta social também carece de motivação idônea, pois se baseou apenas no cargo ocupado pelo réu, que já é fundamento para a majorante do art. 327, § 2º, do CP. Assim, seguindo as regras do sistema trifásico, devem ser decotadas estas duas vetoriais do art. 59 do CP, mantendo-se apenas a aplicação da causa de aumento na terceira fase da dosimetria.

O *quantum* de aumento para cada vetorial também merece uma nova análise. Destaco que, como constatei às fls. 5.562-5.565 (e-STJ), realmente é pequeno o aumento de apenas 3 meses na pena-base para cada circunstância desfavorável, considerando o intervalo de 10 anos entre as penas mínima (2 anos) e máxima (12 anos) cominadas no preceito secundário do art. 312 do CP. No entanto, como afirma a defesa, penso que não deve ser mantido o cálculo matemático de 1/8 deste intervalo para cada vetorial.

Isso porque, em caso recente envolvendo a prática do mesmo crime, a Quinta Turma deste STJ entendeu razoável a elevação da pena-base em 9 meses para cada elemento do art. 59 do CP tido por desfavorável ao réu. Eis a ementa do julgado:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PECULATO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. CONSEQUÊNCIAS. VALORAÇÃO DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. ANTECEDENTES, PRIMARIEDADE E CONDUTA SOCIAL. CONDIÇÕES DE CARÁTER PESSOAL. ART. 580, DO CPP. NÃO INCIDÊNCIA.

FIXAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE REGRADA. AUMENTO DE 1/6 DO MÍNIMO POR CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DIREITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

6. Havendo duas circunstâncias judiciais negativas, inexistindo critério matemático absoluto para aplicação da sanção na 1ª fase e estando a respectiva ação penal em situação semelhante àquela julgada no AgRg no REsp 1765139/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, por questão de coerência é razoável e proporcional fixar a pena-base de acordo com os mesmos parâmetros, reduzindo-a, neste caso concreto, de acordo com as mesmas particulares então verificadas.

7. Writ não conhecido.

(HC 504.463/AL, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 16/04/2021)

Por coerência, valor ainda mais importante em época de fortalecimento de um sistema de precedentes, aplico aqui a mesma conclusão então alcançada pelo órgão colegiado.

À luz destas considerações, passo a nova dosimetria da pena do recorrente.

Na primeira fase, com o decote da valoração negativa da culpabilidade, personalidade e conduta social, permanecem como desfavoráveis apenas as circunstâncias do crime, razão pela qual fixo a pena-base em 2 anos e 9 meses de reclusão e 26 dias-multa. Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes. Por fim, na terceira etapa, mantenho a majorante do art. 327, § 2º, do CP, na fração de 1/3 (e-STJ, fl. 4.597), de modo que a pena por cada delito de peculato será de **3 anos e 8 meses de reclusão e 35 dias-multa**.

Considerando a prática de 22 infrações (e-STJ, fl. 4.596), a majorante da continuidade delitiva incide em seu patamar máximo (2/3), resultando em uma pena definitiva de **6 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 58 dias-multa**.

Destaco que esta reprimenda prescreve em 8 anos, segundo o teor do art. 109, IV, do CP e da Súmula 497/STF, lapso que se consumou entre a prática dos fatos, no ano de 1996 (e-STJ, fl. 7), e o recebimento da denúncia, em 13/5/2010 (e-STJ, fls. 1.790-1.828). No entanto, como ainda não houve o trânsito em julgado para a acusação (art. 110, § 1º, do CP), deixo de pronunciar a prescrição neste momento processual.

Esta mesma razão impede o provimento do apelo nobre da defesa, que buscava apenas a declaração da prescrição, tendo em vista que o órgão acusador permanece discutindo a dosimetria da pena. Assim, não estando a questão preclusa para o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO, ainda não é possível utilizar a pena imposta em concreto como parâmetro para o cálculo da prescrição. Somente se mantida esta pena em julgamento de eventual recurso ministerial - ou se a acusação não se insurgir contra a presente decisão - é que será possível a declaração da prescrição.

Ante o exposto, reconsidero a decisão agravada e, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do Regimento Interno do STJ, (I) **nego provimento** aos recursos especiais do *Parquet* e do réu; e (II) de ofício, concedo *habeas corpus*, para redimensionar a pena de GILMAR DONIZETE FABRIS pelo crime de peculato a **6 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 58 dias-multa**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 06 de maio de 2021.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator