

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.851.377 - MT (2019/0358869-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**RECORRENTE** : **GILMAR DONIZETE FABRIS**  
**ADVOGADOS** : **ZAID ARBID - MT001822**  
                  **JOIFER ALEX CARAFFINI - MT013909**  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**  
**AGRAVADO** : **GILMAR DONIZETE FABRIS**  
**ADVOGADO** : **ZAID ARBID - MT001822**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO GROSSO** e recurso especial por **GILMAR DONIZETE FABRIS**, ofertado contra acórdão do Tribunal de Justiça local, assim ementado:

"AÇÃO PENAL - LAVAGEM DE DINHEIRO - ATIPICIDADE - PECULATO DESVIO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDUTAS REITERADAS - CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA - PROCEDÊNCIA.

Praticada a conduta em data anterior à vigência do, diploma normativo que tipifica a ação, é imperiosa a aplicação do princípio da legalidade, segundo o qual, não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

Restando evidente do conjunto probatório produzido na persecução penal tanto a autoria quanto a materialidade do crime de peculato, na modalidade desvio, e, ainda, a reiteração da conduta, a procedência do pedido veiculado na denúncia é medida que se impõe." (e-STJ, fl. 4.523)

Opostos aclaratórios, foram rejeitados, em acórdão com a seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO À MANIFESTAÇÃO SOBRE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - INEXISTÊNCIA - NÍTIDA PRETENSÃO DE PROVOCAR REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ DECIDIDA - EMBARGOS REJEITADOS.

Não se visualizando nenhum dos vícios previstos no art. 619, do CPP - ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão -, impõe-se a rejeição dos embargos declaratórios, que não se prestam à rediscussão da matéria já decidida." (e-STJ, fl. 5.380)

Nas razões do especial, aponta o Ministério Público contrariedade ao art. 59 do CP, argumentando, em suma, que a pena-base do recorrido foi fixada em apenas 1 (um) ano acima do mínimo legal, apesar de valoradas negativamente 4 (quatro) circunstâncias judiciais.

O recurso especial foi inadmitido, ante o óbice da Súmula 7/STJ, contra o que se insurge o agravante, salientando que a análise do especial prescindiria do exame de matéria fático-probatória.

O segundo recorrente, por sua vez, aponta contrariedade aos arts. 2º, 109, IV, e

# Superior Tribunal de Justiça

110, § 2º, 119 todos do Código Penal, argumentando, em suma, que a contagem do prazo prescricional, pela pena em concreto, teria incluído o acréscimo decorrente da continuidade delitiva.

Aponta, ainda, violação ao princípio da retroatividade, uma vez que o delito teria sido praticado antes do advento da Lei n. 12.234/2010, e a retroação, por sua vez, não teria alcançado o período entre a ocorrência do fato e o recebimento da denúncia.

Requer, em apartado, seja concedido efeito suspensivo ao recurso especial, a fim de suspender a inelegibilidade decorrente do acórdão penal condenatório (e-STJ, fl. 5.506-5.509).

## **É o relatório.**

Decido.

Analiso, inicialmente, o agravo interposto pelo Ministério Público.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

Em relação ao *quantum* de exasperação da reprimenda, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL MANTIDA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS INVIÁVEL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

6. Considerando a presença de duas circunstâncias judiciais desabonadoras e o aumento ideal de 1/8 por cada uma delas, descabe falar em excesso na dosagem da pena, considerando o intervalo de apenamento do delito de furto qualificado, o qual corresponde a 72 meses, o que permitiria o incremento de 9 meses por vetor negativado, patamar muito superior ao adotado no acórdão ora impugnado.

[...]

9. *Writ* não conhecido."

(HC 539.130/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 18/11/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE CONCUSSÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REEXAME DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE PROPORCIONAL. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, § 3, DO CÓDIGO PENAL - CP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

# Superior Tribunal de Justiça

[...]

5. No caso dos autos, as instâncias ordinárias utilizaram o critério de um oitavo do intervalo das sanções mínima e máxima abstratamente prevista para o tipo penal. Dessa forma, o aumento da pena-base, por duas vetoriais desabonadoras (culpabilidade e consequências), revela-se proporcional e adequado.

[...]

7. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.815.230/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 21/11/2019)

No caso, considerando a pena máxima e mínima prevista para o delito, tem-se ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de peculato, que acrescida de 1/8 para cada uma das quatro circunstâncias consideradas (e-STJ, fl. 4.596-4.597) - 1 (um) ano e 3 (três) meses - gera um aumento total de 5 anos.

Nesse contexto, reconhecida a violação ao art. 59 do CP, deve a pena-base ser fixada em 7 anos de reclusão.

Demais disso, preservado o patamar na segunda fase pela Corte de origem, a pena foi majorada em 1/3, ante a incidência da causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do CP (e-STJ, fl. 4597).

Portanto, deve ser revista a reprimenda na terceira fase do cálculo dosimétrico, aplicando-se o mesmo percentual, fixando a pena intermediária em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Por fim, em razão do aumento pela continuidade delitiva, 2/3, procedo ao aumento da pena no mesmo percentual, tornando-a definitiva em 15 (quinze) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Passo a analisar o recurso interposto por Gilmar Donizete Fabris.

Não há falar em violação dos dispositivos tidos como contrariados - todos relativos à prescrição pela pena em concreto -, uma vez que não se mostra possível seu reconhecimento quando a pena ainda está sendo questionada, como ocorre na hipótese sob exame.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO. SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS NÃO DEMONSTRADA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA A DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO ATACADA.

1. Não se mostra possível o reconhecimento da prescrição com base em uma pena que ainda está sendo questionada. A teor do Enunciado n. 146 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

2. Incabíveis os embargos de divergência quando os julgados confrontados assentam-se em premissas fáticas e jurídicas evidentemente distintas. Ademais, entende esta Corte Superior ser descabida a utilização de embargos de divergência para se discutir o acerto ou desacerto na aplicação de regra técnica de conhecimento de recurso especial.

3. Agravo regimental improvido."

# Superior Tribunal de Justiça

(AgRg nos EREsp 1.661.269/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 20/08/2019)

Por fim, com o desprovimento do recurso da defesa, fica prejudicado o pedido constante nas fls. 5.506-5.509 (e-STJ).

Ante o exposto, com amparo no art. 253, parágrafo único, II, "c", **conheço** do agravo interposto pelo Ministério Público para **dar provimento** ao recurso especial, fixando a pena definitiva de Gilmar Donizete Fabris em 15 (quinze) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, mantido o restante do acórdão combatido. **Não conheço** do recurso especial interposto por Gilmar Donizete Fabris, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ.

Publique-se. Intimem-se.  
Brasília, 16 de dezembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator

