



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.790 - SP (2009/0175157-7)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : FRANCISCO EMERSON MOUZINHO DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TERESINHA MONTEIRO DOS SANTOS

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. PRAZO DE CINCO ANOS ENTRE A EXTINÇÃO DA PENA E A DATA DO NOVO DELITO NÃO DECORRIDO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES PENAS TRANSITADAS EM JULGADO. REGIME ABERTO E CONVERSÃO DE PENA CORPORAL EM RESTRITIVA DE DIREITOS. ACUSADA REINCENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS. ORDEM DENEGADA.

I. A teor do art. 63 do CP, o qual preleciona que apenas não deverá ser reconhecida a reincidência quando decorrido o lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento da pena anterior ou de sua extinção e o cometimento do novo delito, infere-se a incidência da referida circunstância agravante.

II. A existência de duas condenações transitadas em julgado em desfavor da agente permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal e o reconhecimento da agravante da reincidência, sem que se vislumbre a ocorrência de *bis in idem*.

III. Não obstante o *quantum* da pena imposta, o fato de se tratar de acusada reincidente e o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis não permitem o desconto da reprimenda em regime aberto (Precedentes).

IV. A conversão da pena corporal em restritiva de direitos encontra óbice no inciso II do art. 44 do Estatuto Repressor, que veda a concessão do benefício ao réu reincidente em crime doloso.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.790 - SP (2009/0175157-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento parcial ao apelo interposto em favor de TERESINHA EMERSON MOUZINHO DE LIMA.

A paciente foi condenada à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, pela prática, por duas vezes, do delito previsto art. 171, *caput*, c/c art. 29 e art. 69, *caput*, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelo perante o Colegiado estadual, que restou parcialmente provido, tão somente para reduzir o *quantum* da pena ao patamar de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, por cada um dos crimes, totalizando 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias, a ser descontada em regime intermediário.

Daí a presente irresignação, na qual o impetrante alega que a sentença condenatória merece reparo, uma vez que teria sido considerada a reincidência da paciente, devendo ser aplicado o regime aberto para desconto da pena, assim como convertida a reprimenda corporal em restritiva de direitos.

Ademais, assevera que a apenada não ostenta maus antecedentes, sendo que a condenação nos autos da Ação Penal nº 2003/03 retroagiu em prejuízo da ora paciente, já que, na data dos fatos descritos nos autos, era a acusada primária.

Pugna-se, assim, pelo estabelecimento do regime aberto, bem como pela conversão da pena corporal por restritiva de direitos.

Liminar indeferida à fl. 100.

Informações prestadas às fls. 105/137 e 154/182.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 141/146).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.790 - SP (2009/0175157-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento parcial ao apelo interposto em favor de TERESINHA EMERSON MOUZINHO DE LIMA.

A paciente foi condenada à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, pela prática, por duas vezes, do delito previsto art. 171, *caput*, c/c art. 29 e art. 69, *caput*, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelo perante o Colegiado estadual, que restou parcialmente provido, tão somente para reduzir o *quantum* da pena ao patamar de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, por cada um dos crimes, totalizando 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias, a ser descontada em regime intermediário.

Daí a presente irresignação, na qual o impetrante alega que a sentença condenatória merece reparo, uma vez que teria sido considerada a reincidência da paciente, devendo ser aplicado o regime aberto para desconto da pena, assim como convertida a reprimenda corporal em restritiva de direitos.

Ademais, assevera que a apenada não ostenta maus antecedentes, sendo que a condenação nos autos da Ação Penal nº 2003/03 retroagiu em prejuízo da ora paciente, já que, na data dos fatos descritos nos autos, era a acusada primária.

Pugna-se, assim, pelo estabelecimento do regime aberto, bem como pela conversão da pena corporal por restritiva de direitos.

Passo à análise da irresignação.

O Juízo de Direito da Comarca de Itatiba, no bojo da sentença condenatória, asseverou:

"Em primeira lugar, considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, especialmente a existência de antecedentes criminais e o prejuízo suportado pelas vítimas, demonstrando conduta totalmente reprovável, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, para cada um dos crimes.

Tendo em vista que a ré é reincidente, conforme certidão de fls. 198, deve ser reconhecida a agravante prevista no artigo 61 do Código Penal, em portanto, ocorrer um aumento da pena-base de 1/3 (um terço), o que refaz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um total de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 66 (sessenta e seis dias-multa).

Não há causas de aumento ou diminuição a serem consideradas.

O regime inicial de cumprimento da pena é o regime semiaberto, tendo em vista o exposto quando da fixação da pena-base, principalmente a existência de antecedentes e a reincidência da ré (fls. 22/23).

O Colegiado de origem, por seu turno, ao reformar o julgado de primeiro grau, consignou:

"A dosimetria da pena merece reparo.

Na primeira fase, as penas foram fixadas acima do mínimo legal, em dois anos de reclusão e pagamento de cinquenta dias-multa, para cada um dos crimes de estelionato, em razão dos maus antecedentes e pelo prejuízo suportado pelas vítimas.

A reprimenda da acusada Teresinha ainda foi majorada, na fração de um terço, pela reincidência.

O prejuízo patrimonial causado pelas condutas não autoriza o reconhecimento da circunstância judicial relacionada com as consequências do crime, porquanto ausentes maiores informações sobre a situação econômico-financeira das ofendidas, o que impede avaliar a extensão do desfalque aos patrimônios.

(..) No concernente a apelante Teresinha, apenas a certidão de fls. 186 pode ser considerada como maus antecedentes, em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que é suficiente para o aumento em um sexto, perfazendo um ano e dois meses de reclusão, mais o pagamento onze dias-multa. Pela reincidência certificada a fls. 198, majoro a sanção em um sexto, percentual que entendo mais adequado para reprovação do crime, totalizando um ano, quatro meses e 12 dias-multa, para casa um dos delitos.

(...) A reincidência da ré Teresinha desautoriza a substituição (art. 44, inciso II, do CP).

O regime prisional semiaberto foi corretamente fixado para a apelante Teresinha, considerando-se seus maus antecedentes e a reincidência, uma vez que o mais brando seria insuficiente para reprovação e prevenção do crime" (fls. 11/14).

Com efeito, nos termos do consignado na certidão acostada aos autos às fls. 86, a paciente foi condenada à pena de 01 (um) ano e 03 (três) meses autos do Processo nº 417/97, pela prática do delito previsto no art. 171, *caput*, c/c art. 29, ambos do Código Penal. Ademais, os fatos apurados nos autos da ação penal retrocitada foram praticados em 06/08/1997, tendo a sentença condenatória transitado em julgado em 24/06/98.

De outro lado, os delitos relacionados à presente impetração teriam sido levados a efeito em 24 de outubro de 2002 e 14 de janeiro de 2003.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, a teor do art. 63 do CP, o qual preleciona que apenas não deverá ser reconhecida a reincidência quando decorrido o lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento da pena anterior ou de sua extinção e o cometimento do novo delito, deve-se reconhecer a incidência da referida circunstância agravante.

Deveras, não obstante a ausência de informação acerca do término do cumprimento da pena corporal imposta à paciente nos autos do Processo 417/97, tendo sido a sentença proferida em 10/12/97, com a expedição de mandado de prisão em 11/12/07, não de infere o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos entre a data da condenação emanada dos autos alhures mencionados e a data dos fatos apurados no Processo 463/03, o qual ensejou a presente impetração.

De outra banda, no tocante aos maus antecedentes, verifica-se a existência de outra condenação, nos autos do Processo 332/94, no qual foi condenada à pena de 01 (um) ano de reclusão, pela prática do delito de estelionato, o que possibilita a majoração da pena-base, nos termos do art. 59 CP.

Diante disso, a existência de duas condenações transitadas em julgado em desfavor da agente, nos termos do consignado nas instâncias ordinárias, permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal e o reconhecimento da agravante da reincidência, sem que se vislumbre a ocorrência de *bis in idem*.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado deste Colegiado:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA. JUSTIFICATIVA VÁLIDA. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao julgador considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 do mesmo diploma legal.

2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal também restou suficientemente justificada pelos antecedentes do Paciente – detentor de três condenações transitadas em julgado, respectivamente, em 28/10/2003, 09/01/2005 e 15/05/2006. Como se vê, na hipótese de o magistrado singular ter valorado negativamente os antecedentes do Paciente, para majorar a pena-base, em razão de uma condenação anterior transitada em julgado, e, na 2.ª etapa, ter considerado outra condenação definitiva para agravar a pena pela reincidência, impossível falar-se em bis in idem.

3. Não obstante a constatação de algumas impropriedades, verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base se revela proporcional e fundamentado, pois as instâncias ordinárias consideraram,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretamente, os elementos acidentais que extrapolam consideravelmente o tipo penal básico imputado ao Paciente. Como é cediço, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado em sede de habeas corpus o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requerem a análise de matéria fático-probatória.

4. Desse modo, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal em comento, não há como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, redimensionar a pena aplicada pelo julgador, porquanto dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

5. Ordem denegada"

(HC 134433/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Dje de 18/10/2010).

De outro lado, o artigo 33 do Código Penal, em seu § 2º, alínea "c", preleciona:

"O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto"

Na hipótese, não obstante o *quantum* da pena imposta, o fato de se tratar de acusado reincidente e o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis não permitem o desconto da reprimenda em regime aberto.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente deste Tribunal:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA INVOCADA NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE. BIS IN IDEM. REGIME SEMIABERTO. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Na fixação da pena, adotou o legislador o sistema trifásico, devendo o magistrado, na primeira fase, estabelecer a pena-base entre os limites mínimo e máximo indicado na lei, observadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, sendo certo que a sua estipulação acima do mínimo legal exige devida fundamentação, a teor do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

2. Existindo duas qualificadoras, uma pode servir para qualificar o delito e a outra como circunstância judicial desfavorável. Precedentes.

3. A valoração da reincidência tanto na primeira fase, para aumentar a pena-base, quanto como agravante genérica, implica verdadeiro *bis in idem*.

4. Embora a pena privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos de reclusão, havendo o reconhecimento de circunstância judicial desfavorável e sendo o paciente reincidente, não há como fixar o regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido tão-só para reduzir a pena do paciente para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 70 dias-multa, mantido o regime semiaberto estipulado na sentença".

(HC 140442/MS, Relator Ministro Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP-, Sexta Turma, DJe de 21/06/10).

De igual modo, a conversão da pena corporal em restritiva de direitos encontra óbice no inciso II do art. 44 do Estatuto Repressor, que veda a concessão do benefício ao réu reincidente em crime doloso.

A propósito, trago à baila o seguinte precedente desta Turma:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. NÃO APRECIÇÃO DE PEDIDO DE VISTA DOS AUTOS FORA DE CARTÓRIO. INOCORRÊNCIA. COMPARECIMENTO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO NO DIA DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Ao contrário do que alega o impetrante, não houve cerceamento de defesa no julgamento do recurso de apelação, pois a respectiva sessão foi adiada em duas oportunidades em atendimento a requerimento da defesa para melhor exame da quaestio. Ademais, o patrono do paciente compareceu à sessão de julgamento no dia apazado sem manifestar interesse em realizar sustentação oral.

II - Constatado ser o paciente reincidente e, ainda, ressaindo do v. acórdão atacado que as circunstâncias do crime não lhe favorecem, escoreita se revela a decisão que não autorizou a substituição da pena (Precedente desta Corte).

Ordem denegada".

(HC 96770/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 04/10/10).

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0175157-7

HC 146.790 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4710120030072647 572003 990081955857

EM MESA

JULGADO: 16/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FRANCISCO EMERSON MOUZINHO DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TERESINHA MONTEIRO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário