



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 737067 - SC (2022/0114326-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : FRANKLIN DA SILVA ROCHA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO TENTADO, ESTELIONATO CONSUMADO CONTRA PESSOA IDOSA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ABSOLVIÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 288, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL – CP. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS ESTELIONATOS. UNIDADE DE DESÍGNIOS. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias concluíram evidenciada a autoria e materialidade do delito previsto no art. 288, *caput*, do CP (associação criminosa) mediante análise do amplo acervo probatório colhido no curso das investigações e na instrução processual. Afastar tais conclusões demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

2. No caso, encontra-se justificado o aumento em 1/6 da pena-base, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a valoração negativa da culpabilidade. No ponto, as instâncias ordinárias destacaram o *modus operandi* dos agentes, que integravam associação criminosa de grandes proporções, com membros atuando de outro estado da federação, além de terem demonstrado grande empenho para a concretização das empreitadas criminosas, com elevado dispêndio financeiro, o que, de fato, revela maior reprovabilidade na conduta.

3. Segundo a teoria mista, acolhida no direito brasileiro, o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado, prevista no art. 71 do Código Penal, adota como premissa que determinado agente pratique duas ou mais condutas da mesma espécie em semelhantes condições de tempo, lugar e *modus operandi* – requisitos objetivos – com unidade de

desígnios entre os delitos cometidos – requisito subjetivo.

In casu, as instâncias ordinárias foram taxativas no afastamento do requisito subjetivo, afirmando que os delitos em discussão foram praticados com desígnios autônomos, a revelar traços que não correspondem à continuidade delitiva, mas sim à reiteração criminosa.

Trata-se de conclusão fundada em elementos fático-probatórios e, por essa razão, o habeas corpus revela-se via inadequada para sua alteração, uma vez que tal providência demandaria a análise aprofundada de todo o processo, incompatível com a celeridade e sumariedade do rito.

4. Embora a pena imposta tenha sido inferior a 4 (quatro) anos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista o reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), o que justifica o agravamento do regime prisional e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 22/11/2022 a 28/11/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2022.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 737067 - SC (2022/0114326-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : FRANKLIN DA SILVA ROCHA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO TENTADO, ESTELIONATO CONSUMADO CONTRA PESSOA IDOSA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ABSOLVIÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 288, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL – CP. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS ESTELIONATOS. UNIDADE DE DESÍGNIOS. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias concluíram evidenciada a autoria e materialidade do delito previsto no art. 288, *caput*, do CP (associação criminosa) mediante análise do amplo acervo probatório colhido no curso das investigações e na instrução processual. Afastar tais conclusões demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

2. No caso, encontra-se justificado o aumento em 1/6 da pena-base, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a valoração negativa da culpabilidade. No ponto, as instâncias ordinárias destacaram o *modus operandi* dos agentes, que integravam associação criminosa de grandes proporções, com membros atuando de outro estado da federação, além de terem demonstrado grande empenho para a concretização das empreitadas criminosas, com elevado dispêndio financeiro, o que, de fato, revela maior reprovabilidade na conduta.

3. Segundo a teoria mista, acolhida no direito brasileiro, o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado, prevista no art. 71 do Código Penal, adota como premissa que determinado agente pratique duas ou mais condutas da mesma espécie em semelhantes condições de tempo, lugar e *modus operandi* – requisitos objetivos – com unidade de

desígnios entre os delitos cometidos – requisito subjetivo.

In casu, as instâncias ordinárias foram taxativas no afastamento do requisito subjetivo, afirmando que os delitos em discussão foram praticados com desígnios autônomos, a revelar traços que não correspondem à continuidade delitiva, mas sim à reiteração criminosa.

Trata-se de conclusão fundada em elementos fático-probatórios e, por essa razão, o habeas corpus revela-se via inadequada para sua alteração, uma vez que tal providência demandaria a análise aprofundada de todo o processo, incompatível com a celeridade e sumariada do rito.

4. Embora a pena imposta tenha sido inferior a 4 (quatro) anos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista o reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), o que justifica o agravamento do regime prisional e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo Regimental em *habeas corpus* interposto contra decisão de minha lavra (fls. 605/627), na qual não conheci da impetração e deixei de conceder a ordem de ofício por entender ausente qualquer constrangimento ilegal.

No presente recurso, o agravante reitera os argumentos quanto à absolvição do crime de associação criminosa, afirmando que a análise da matéria não demanda amplo revolvimento fático-probatório.

Reforça que a vetorial negativa da culpabilidade deve ser afastada, uma vez que a conduta não destoou da normalidade.

Insiste no reconhecimento da continuidade delitiva dos delitos de estelionato consumado e tentado, argumentando que qualquer afirmação acerca de habitualidade criminosa é mera presunção, uma vez que o agravante é primário.

Aduz ser necessária a fixação de regime inicial aberto, ainda que não afastada a valoração negativa da culpabilidade, pois não se pode desprezar a pena aplicada ao caso concreto.

Assevera, por fim, que a decisão ora agravada omitiu-se quanto ao pedido de substituição de pena privativa por uma pena de multa e uma restritiva de direitos, destacando que o fato de haver uma circunstância judicial negativa não é suficiente para justificar o regime mais gravoso e também para negar a substituição da pena.

Requer, assim, o provimento do Agravo Regimental e a concessão da ordem de *habeas corpus* nos termos da inicial.

É o relatório

VOTO

A decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

A propósito, confira-se o seu teor:

"Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em benefício de FRANKLIN DA SILVA ROCHA, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA no julgamento da Apelação Criminal n. 5013492-97.2020.8.24.0011/SC.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado em primeira instância às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 60 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 171, caput, c/c art. 14, II (estelionato tentado), art. 171, §4º (estelionato consumado contra pessoa idosa), e art. 288, caput (associação criminosa), na forma do artigo 69, caput, todos do Código Penal, conforme sentença de fls. 271/287.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir a pena pecuniária para 17 dias-multa, nos termos do acórdão que restou assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL (RÉUS PRESOS). CRIME CONTRA OPATRIMÔNIO. ESTELIONATO CONTRA IDOSO, ESTELIONATO TENTADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 171, §4º, ART. 171, CAPUT, C/C ART. 14, II E ART. 288, TODOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE AMBOS OS RÉUS E DE TERCEIRA INTERESSADA. [1] RÉUS 1 E 2: PLEITO ABSOLUTÓRIO PELA ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA E CONFIGURAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL. SUBSIDIARIAMENTE, PLEITO DE (A) RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE ESTELIONATO, (B) REDUÇÃO DA PENA BASILAR NO MÍNIMO LEGAL, (C) ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DA TENTATIVA EM SEU GRAU MÁXIMO, (D) ALTERAÇÃO DA PENA DE MULTA, (E) ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL E (F) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO. APENAS PELO RÉU 2: PLEITO DE RECONHECIMENTO DO ESTELIONATO PRIVILEGIADO. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ALTERAR A PENA DE MULTA. [2] TERCEIRA INTERESSADA: PLEITO DE RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO APREENDIDO E CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. DECLARADO O PERDIMENTO DO BEM NA SENTENÇA. BEM UTILIZADO NA PRÁTICA CRIMINOSA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DEMONSTRADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA DEFERIR A CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA.

1. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO HÁ FALAR EM INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUANDO OS ELEMENTOS INFORMATIVOS E AS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS, ANALISADOS EM CONJUNTO, FORMAM UM ARCABOUÇO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. NA HIPÓTESE, AS CONFISSÕES DE AMBOS OS ACUSADOS NAS DUAS OPORTUNIDADES EM QUE FORAM OUVIDOS E OS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS, SOMADOS AOS DEMAIS DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS, CORROBORAM A VERSÃO APRESENTADA EM TODOS OS PONTOS, NÃO DEIXANDO DÚVIDAS ACERCA DA AUTORIA DELITIVA POR PARTE DOS APELANTES.

2. DO ALEGADO CRIME IMPOSSÍVEL. 2.1 INSUBSISTENTE A TESE DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL EM

RELAÇÃO À VÍTIMA FÁBIO, PORQUANTO O ARTIFÍCIO UTILIZADO PELOS RECORRENTES RESTOU CONFIGURADO NA PRIMEIRA ETAPA DO GOLPE, QUANDO ELES EFETUARAM ALIGAÇÃO TELEFÔNICA COM A NOTÍCIA DE QUE OS CARTÕES FORAM CLONADOS. 2.2 ADEMAIS, IMPOSSÍVEL FALAR EM FLAGRANTE PREPARADO QUANDO OS PRÓPRIOS ACUSADOS QUE TIVERAM A INICIATIVA DE LIGAR PARA OS OFENDIDOS E SE DIRIGIREM ATÉ AS SUAS RESIDÊNCIAS PARA PRATICAR O CRIME.

3. RECONHECIMENTO DO ESTELIONATO PRIVILEGIADO. EMBORA O RÉU SEJA PRIMÁRIO, O VALOR DO PREJUÍZO CAUSADO AO OFENDIDO FOGE DE SER DE PEQUENO VALOR (R\$ 4.600,00 - QUATRO MIL E SEISCENTOS REAIS) E, AINDA QUE O OFENDIDO TENHA RECUPERADO PARTE DO DINHEIRO, TAL DEVOLUÇÃO NÃO SE DEU DE FORMA VOLUNTÁRIA, O QUE IMPEDE O DEFERIMENTO DO PRIVILÉGIO.

4. PLEITO DE APLICABILIDADE DA CONTINUIDADE DELITIVA. O INSTITUTO DA CONTINUIDADE DELITIVA NÃO PODE SERVIR COMO ESTÍMULO PARA A PRÁTICA DESENFREADA DE CRIMES IGUAIS, COMO É O CASO DOS APELANTES QUE VINHAM APLICANDO O GOLPE DO CARTÃO DE MANEIRA REITERADA E PROFISSIONAL, CIRCUNSTÂNCIA QUE INDICA QUE FAZEM DA PRÁTICA DE CRIMES PATRIMONIAIS O SEU MEIO DE VIDA. IN CASU, CONQUANTO OS CRIMES SEJAM DA MESMA ESPÉCIE, COMETIDOS SOB O MESMO MODUS OPERANDI, NÃO OCORRIAM SEGUIDAMENTE AOS ANTERIORES, JÁ QUE CADA CONDUTA CARACTERIZAVA UM NOVO CRIME.

5. PLEITO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR "CULPABILIDADE DO AGENTE". NÃO ACOLHIMENTO. 5.1 A CULPABILIDADE PARA FINS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL: "DEVE SER COMPREENDIDA COMO JUÍZO DE REPROVABILIDADE SOBRE A CONDUTA, APONTANDO MAIOR OU MENOR CENSURABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO RÉU. ASSIM, PARA A SUA ADEQUADA VALORAÇÃO DEVEM SER LEVADAS EM CONSIDERAÇÃO AS ESPECIFICIDADES FÁTICAS DO DELITO, BEM COMO AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CONTEXTO EM QUE PRATICADO O CRIME" (STJ, AGRG NO HC 644.672/SP, DJE 31/05/2021). 1.2 NA HIPÓTESE, ENTENDEU O MAGISTRADO QUE A REPROVABILIDADE DA CONDUTA EXTRAPOLOU A NORMALIDADE, EM RAZÃO DO MODUS OPERANDI DOS ACUSADOS, O QUAL ULTRAPASSA OS ELEMENTOS DO TIPO PENAL, ARGUMENTO QUE SE MOSTROU IDÔNEO E, POR ESSA RAZÃO, RESTOU MANTIDO.

6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO DA TENTATIVA PARA O GRAU MÁXIMO. QUANTO MAIS PRÓXIMO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO O AGENTE CHEGAR, MENOR DEVE SER O QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA PARA A TENTATIVA. NA HIPÓTESE, CONSIDERANDO QUE OS ACUSADOS PERCORRERAM CONSIDERÁVEL ÍTER CRIMINIS - A PRIMEIRA ETAPA (LIGAÇÃO) FOI REALIZADA COM SUCESSO, TENDO O ACUSADO OBTIDO O ENDEREÇO E DEMAIS DADOS DO OFENDIDO E A SEGUNDA FASE - DESCABE AUMENTAR A FRAÇÃO ARBITRADA, FIXADA EM 1/2 (METADE).

7. PENA DE MULTA. ACOLHIMENTO. ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA. A FIM DE GUARDAR SIMILITUDE COM A PENA CORPORAL APLICADA, NECESSÁRIO O AJUSTE DA PENA DE MULTA.

8. REGIME PRISIONAL. A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA É ATO DISCRICIONÁRIO DO JULGADOR, QUE, NOS TERMOS DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL, OBSERVARÁ NÃO APENAS O QUANTUM DA PENA IMPOSTA, COMO TAMBÉM A REINCIDÊNCIA DO CONDENADO E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ARTIGO 59 - ATENDIDOS, É CLARO, OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. IN CASU, EM QUE PESE O DELITO TENHA SIDO COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA E A PENA DEFINITIVA SEJA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS, APRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

DESFAVORÁVEL NÃO PERMITE AALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA ABERTO.

9. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO ACOLHIMENTO. CONSOANTE SE EXTRAÍ DO INCISO III DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL, NÃO É RECOMENDÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS SE O RÉU POSSUI CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS, CASO DOS AUTOS" (fls.560/561).

No presente writ, a Defensoria Pública sustenta que não há provas de permanência e estabilidade para justificar a condenação do paciente pelo crime de associação criminosa.

Afirma que o vetor culpabilidade foi indevidamente desvalorado quando da análise da pena-base em relação a todos os delitos.

Sustenta que deve ser reconhecida a continuidade delitiva entre os estelionatos, vez que praticados nas mesmas circunstâncias.

Aduz que o regime inicial, nos termos do art. 33, do Código Penal, deve ser o aberto.

Requer, em liminar e no mérito, a absolvição do paciente do crime de associação criminosa, a redução da pena e a fixação do regime inicial aberto.

Liminar indeferida às fls. 588/591.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do habeas corpus, conforme parecer de fls. 597/603.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

A respeito da existência de provas da autoria e materialidade do crime de associação criminosa, a sentença consignou:

"Quanto ao crime de associação criminosa:

No tocante ao crime de associação criminosa, apesar dos fortes argumentos lançados pela defesa, tenho que igualmente comprovadas nos autos a materialidade delitiva, a autoria e culpabilidade dos acusados.

[...]

Assim, para a configuração da associação criminosa/formação de quadrilha, além da pluralidade de agentes (ao menos três), são necessários os requisitos da estabilidade e permanência, estrutura ordenada e divisão de tarefas. Não basta um simples ajuste de vontades para a prática de crime determinado.

Nesta senda, não pairam dúvidas de que os acusados estavam associados a outras pessoas - até o momento não identificadas - para cometerem crimes contra o patrimônio (estelionato) em várias regiões.

Também resta clarividente que tal vínculo era estável e permanente, tanto que agiam sempre com o mesmo modus operandi e competia a cada um dos integrantes da associação criminosa realizar alguma conduta previamente ajustada.

Aliás, importante mencionar que na fase policial os acusados admitiram serem auxiliados por outras pessoas na prática dos crimes, que lhes repassavam dados das vítimas.

De bom alvitre destacar que os crimes tratados no presente processo foram cometidos com o auxílio de uma central falsa estabelecida em São Paulo que era responsável pela triagem das vítimas, geralmente pessoas de baixa escolaridade e idosos, contatando-os e afirmando que seus cartões de crédito haviam sido clonados.

Depois, a falsa central recebia as senhas dos cartões e repassava aos acusados, que se dirigiam até a casa das vítimas, onde se apresentavam como funcionários da instituição bancária e pegavam os cartões bancários, posteriormente efetuando saques e compras utilizando-se das várias máquinas de cartões que crédito que traziam consigo.

Há de se destacar que as declarações dos policiais militares ouvidos nos autos são firmes e coerentes com os demais elementos de convicção presentes no caderno processual, apontando fatos que trazem certeza de sua autoria nos ilícitos penais apontados.

Consabido que os depoimentos dos policiais "valem em princípio, como o de qualquer testemunha, não podendo ser desprezados, sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade" (JC vol 5/6, pág. 417) e, "se em consonância com demais elementos dos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório." (JC 41/368 e JC 68/397).

Neste aspecto, importante destacar ser pouco crível que os acusados tenham se dirigido até esta cidade de Brusque sem o auxílio de outros comparsas, visto estarem bem estruturados e organizados para a prática delituosa.

Registro ainda que as circunstâncias dos fatos se assemelham em muito aos demais delitos deste tipo que vêm ocorrendo nesta Comarca e na Região Sul do País, fato que certamente não se trata de mera coincidência, mas sim de um grande e forte esquema criminoso voltado à prática de ilícitos patrimoniais, e que recentemente desencadeou no cumprimento de vários mandados de busca e apreensão e prisão nas cidades de Porto Alegre e Santa Maria, no vizinho estado do Rio Grande do Sul, conforme amplamente divulgado na mídia nacional.

Aliás, com a estrutura da organização criminosa criada pelo grupo, do qual fazem parte os acusados, com certeza já produziu um acervo incontável de vítimas e considerável lucro advindo das ações criminosas perpetradas.

Imperativo consignar ainda, não passa de mera utopia pensar que os acusados, ambos residentes na Capital Paulista, caíram de paraquedas nesta cidade de Brusque, que teria sido escolhida aleatoriamente, para debutarem na senda criminosa, na prática de golpes bem articulados e executados como os apurados na presente ação penal.

Ora, evidente que a estrutura e organização criminosa envolvida na execução de tais crimes é muito maior do que se imagina, tanto que o sucesso nas empreitadas criminosas é quase que total, posto que a partir do momento em que os meliantes tem acesso aos cartões de crédito, senhas e informações das vítimas, imediatamente realizam operações bancárias de saques ou transferências para assegurar o produto dos golpes, que geralmente não são mais recuperados.

Destarte, não há que se falar em ausência de preenchimento dos requisitos insculpidos no artigo 288, do Código Penal, conforme pretendem as defesas, posto que comprovado nos autos a associação dos acusados a outras pessoas até então não identificadas, com vínculo estável e permanente, para a prática de crimes de estelionato, tendo cada qual função pré-definida no esquema criminoso.

Com efeito, permitindo os elementos contidos nos autos a segura conclusão quanto à materialidade e autoria dos crimes narrados na denúncia, imperativa a aplicação correspondente censura legal" (fls. 279/281)

O Tribunal de origem manteve a condenação pelo delito previsto no art. 288 do Código Penal mediante os seguintes fundamentos:

"3.3 No tocante ao pleito de absolvição em relação ao delito de associação criminosa, igualmente não assiste razão à defesa. Em que pese os demais envolvidos não terem sido identificados, o recorrente Franklin, extrajudicialmente, admitiu

que teve auxílio de outras pessoas residentes de São Paulo, além de terem sido apreendidas 12 máquinas de cartão de crédito, circunstâncias que corroboram que os apelantes não estavam sozinhos na prática delitiva.

Logo, seguem mantidas as condenações dos recorrentes" (fl. 568).

Como visto, as instâncias ordinárias analisaram todos os fatos e provas dos autos e concluíram evidenciada a autoria e materialidade do delito descrito no art. 288 do CP. Desse modo, a pretensão de absolvição do delito de associação criminosa demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EXTORSÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. INDEPENDÊNCIA ENTRE OS DELITOS. BENS JURÍDICOS DISTINTOS. CONTINUIDADE DELITIVA. REDUÇÃO DO QUANTUM DE INCREMENTO DA PENA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito de associação criminosa, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.

3. Descabe falar em bis in idem, pois, evidenciado o vínculo associativo prévio entre os agentes com o intuito de cometer delitos, resta configurado o tipo penal do art. 288 do CP, sendo certo que a consumação do delito de associação criminosa independe da prática de qualquer crime posterior. De mais a mais, importa reconhecer que os bens jurídicos tutelados pelas normais penais incriminadoras são distintos, pois o art 288 do CP protege a paz pública, enquanto o delito de extorsão visa a resguardar o patrimônio e, de forma mediata, a liberdade individual e a integridade física e psíquica da vítima.

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer a reprimenda em 9 anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional fechado, mais 13 dias-multa.

(HC n. 547.945/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/2/2020, DJe de 12/2/2020.)

Quanto à fixação da pena-base, restou estabelecido na sentença o seguinte:

"Com relação ao acusado Franklin da Silva Rocha:

Atento às circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, consigno que a culpabilidade do acusado com relação à todos os crimes deve ser considerada negativa, merecendo maior grau de reprovabilidade, além do que abstratamente cominado, na medida em que a quadrilha da qual era integrante tomou grandes proporções, com membros atuando de outro Estado da Federação, no caso dos autos, São Paulo, deslocando-se até esta Comarca e região com o único propósito de praticar crimes patrimoniais, demonstrando, ademais, o seu grande empenho para a concretização das empreitadas criminosas, com elevado dispêndio financeiro, consistente em hospedagem, combustível, alimentação, além dos equipamentos necessários apreendidos.

[...]

O acusado é primário e não registra antecedentes criminais contra si (Eventos 84 da AP e 3; 37-39 do APF apenso).

A conduta social e a personalidade, apesar do suposto envolvimento em organização criminosa, não restaram melhor apuradas, e devem ser consideradas normais.

O motivo foi inerente aos tipos penais, posto que com a ação criminosa, buscava a obtenção de lucro fácil em detrimento ao patrimônio alheio. As circunstâncias dos crimes já foram analisadas, enquanto que as consequências podem ser consideradas normais, com destaque a não recuperação integral dos valores subtraídos da vítima. O comportamento das vítimas não contribuiu para os desideratos criminosos, posto que foram induzidas e mantida em erro pelos acusados mediante o ardil empregado.

Com relação ao crime de estelionato contra idoso, na forma consumada (vítima Valmir Galiza):

Considerando que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis, ao menos a culpabilidade, aumento a pena base em um sexto (1/6) fixando-a em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e quarenta e oito (48) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal.

[...]

Na segunda fase não existem agravantes, mas como atenuante reconheço a confissão espontânea, ainda que parcial, motivo pelo qual diminuo a pena em um sexto, ou seja quatro meses, totalizando-a em dois (2) anos de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, motivo pelo qual totalizo a pena em dois (2) anos de reclusão, e quarenta e oito (48) dias-multa, no valor e forma acima mencionados.

Com relação ao crime de estelionato fundamental, na forma tentada (vítima Fábio Luiz Coelho):

Considerando que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis, ao menos a culpabilidade, aumento a pena em um sexto (1/6) fixando-a em um (1) ano e dois (2) meses de reclusão, e vinte e quatro (24) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal.

Inexistem circunstâncias agravantes, mas como atenuante reconheço a confissão espontânea, ainda que parcial, motivo pelo qual diminuo a pena em um sexto, ou seja dois meses, totalizando-a em um (1) ano de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento, mas como causa de diminuição, verifica-se que o crime ocorreu na sua modalidade tentada (art. 14, II, do CP), razão pela qual reduz a pena em metade (1/2), em razão do iter criminis percorrido pelo acusado, uma vez que já estava bem perto de consumir seu intento criminoso, na residência da vítima e na posse de várias máquinas de cartão de crédito, não conseguindo recolher o cartão apenas porque avistou a Polícia Militar, motivo pelo qual totalizo a pena em seis (6) meses de reclusão, e doze (12) dias-multa, no valor e forma acima mencionados.

Com relação ao delito de associação criminosa (artigo 288, do CP):

Considerando as circunstâncias desfavoráveis, ao menos a culpabilidade negativa, necessária a exacerbação da pena base em um sexto (1/6, conforme entendimento dominante), que fixo em um (1) ano e dois (2) meses de reclusão.

Na segunda fase, ausentes agravantes mas como atenuante reconheço a confissão espontânea, ainda que parcial e prestada na fase policial, já que o acusado admitiu a participação de pessoas residentes em São Paulo, motivo pelo qual diminuo a pena em um sexto, ou seja dois meses, totalizando-a em um (1) ano de reclusão.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, totalizando a pena em um (1) ano de reclusão" (fls. 283/285).

O Tribunal de origem, ao manter as penas fixadas em primeiro grau, apresentou os seguintes fundamentos:

"Ambos os acusados pleiteiam a redução da pena basilar no

mínimo legal com o decote da valoração negativa conferida ao vetor culpabilidade.

Sem qualquer razão.

Oportuna a transcrição da parte da sentença que trata da primeira fase da dosimetria da pena, mais especificamente quanto ao vetor negativado:

[...]

Como se vê, o Magistrado sentenciante, acertadamente, justificou a elevação da pena-base no vetor culpabilidade em razão do modus operandi dos acusados, o qual ultrapassa os elementos do tipo penal.

Conforme a jurisprudência da Corte Superior, a culpabilidade, para fins do art. 59 do Código Penal: "deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. Assim, para a sua adequada valoração devem ser levadas em consideração as especificidades fáticas do delito, bem como as condições pessoais do agente no contexto em que praticado o crime" (AgRg no HC 644.672/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/05/2021, DJe 31/05/2021).

Adequada, portanto, a fundamentação neste ponto" (fl. 569)

A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Sendo assim, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

No caso, encontra-se justificado o aumento em 1/6 da pena-base, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a valoração negativa da culpabilidade. No ponto, as instâncias ordinárias destacaram o modus operandi dos agentes, que integravam associação criminosa de grandes proporções, com membros atuando de outro estado da federação, além de terem demonstrado grande empenho para a concretização das empreitadas criminosas, com elevado dispêndio financeiro, o que, de fato, revela maior reprovabilidade na conduta.

Sendo assim, não é possível desconsiderar a valoração negativa do referido vetor, eis que devidamente fundamentado. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA E COMÉRCIO IRREGULAR DE COMBUSTÍVEIS. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA E SUFICIENTE. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do CP depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.

2. "No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, esta deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito" (AgRg no AREsp n.

1.845.574/TO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 28/6/2021).

3. Inexiste ilegalidade ao adotar o julgador valoração negativa quanto à culpabilidade e aumentar a pena-base, pois demonstrada a reprovabilidade da conduta dos réus, que, montaram uma estrutura organizada - que funcionou por considerável período de tempo e obteve proveito econômico expressivo (estimado em mais de R\$ 279.000,00) - para praticar os delitos de receptação qualificada e comércio irregular de combustíveis, considerando-se o resultado desastroso decorrente de manutenção indevida de grande volume de material inflamável no estabelecimento, atividade reconhecida clandestina que, aliás, ultrapassa àquela inerente aos próprios tipos penais.

4. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 1.831.682/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 14/12/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE.
PERSONALIDADE DO AGENTE. ILEGALIDADE
CONSTATADA. REGIME FECHADO. PENA IGUAL A UM ANO
DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO.
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO
DESPROVIDO.

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

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

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

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

IV - Na hipótese, o Juízo de origem apreciou concretamente a intensidade da reprovabilidade da conduta, assentando a forma premeditada da execução do crime, pois, "O acusado, ao criar empresas e utiliza-las para a prática de ilícitos, consistente em enganar as vítimas através de anúncios de venda de bens com preços abaixo do usual através da internet agiu de forma premeditada", fatores que apontam maior censura na conduta e justificam a exasperação da pena-base.

V - Em relação à personalidade do agente, o Tribunal de origem se utilizou da extensa ficha criminal, para desfavorecer as circunstâncias judiciais da personalidade do paciente, em desacordo com o entendimento jurisprudencial. A exasperação da pena-base lastreada na personalidade do agente, trata-se de resquício do superado direito penal do autor, em detrimento do direito penal dos fatos, de sorte que não constam elementos suficientes nos autos, para que o julgador possa avaliar acerca da personalidade do agente.

Nesse diapasão, insta consignar que "a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada" (HC n. 472.523/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 23/10/2018).

VI - Conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, em relação ao regime inicial para o resgate da reprimenda, além

do quantum da pena, também deve haver a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

VII - In casu, consoante consta na decisão agravada, considerando o quantum de pena estabelecido (01 (um) ano de reclusão), bem como a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o semiaberto, mostra-se adequado ao caso, nos termos do artigo 33, parágrafo 3º do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 688.856/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021.)

No que se refere ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os estelionatos, a sentença assim se manifestou:

"Outrossim, entendo que é impossível o reconhecimento do crime continuado em relação aos delitos de estelionato, pois os acusados vinham aplicando os golpes de forma reiterada e profissional, sobretudo em razão da quantidade de máquinas apreendidas, valores em espécie e cartões de crédito, fazendo da prática criminosa um meio de vida, já tendo arrecadado grande quantia em dinheiro em golpes em prejuízo de suas vítimas" (fl. 279).

O Tribunal de origem, por sua vez, destacou o seguinte:

"5. Pleito de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de estelionato

Pretende a defesa o afastamento do concurso material entre os crimes de estelionato com a aplicabilidade da continuidade delitiva.

O pedido tampouco merece acolhimento.

Consoante disposto expressamente no art. 71, caput, do Código Penal, o crime continuado ocorre quando o agente: "mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro".

Trata-se de uma ficção jurídica em benefício do acusado, que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "pressupõe a existência de ações praticadas em idênticas condições de tempo, lugar e modo de execução (requisitos objetivos), além de um liame a indicar a unidade de designios (requisito subjetivo)" (STJ, AgRg no HC 402.314/MS, DJe13/03/2018).

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a tese da teoria mista, necessitando, portanto, não somente do aspecto objetivo previsto no artigo em comento, mas também do aspecto subjetivo, em que um crime deva ser sequencial ao anterior.

[...]

O instituto da continuidade delitiva não pode servir como estímulo para a prática desenfreada de crimes iguais, como é o caso dos Apelantes que vinham aplicando o golpe do cartão de maneira reiterada e profissional, circunstância que indica que fazem da prática de crimes patrimoniais o seu meio de vida.

In casu, conquanto os crimes sejam da mesma espécie, cometidos sob o mesmo modus operandi, não ocorriam seguidamente aos anteriores, já que cada conduta caracterizava um novo crime.

Não é demais lembrar que o recorrente Renan foi preso com 12 máquinas de cartões de crédito, o que demonstra que os golpes não seriam praticados de maneira isolada.

Portanto, uma vez demonstrada a ausência de requisitos autorizadores do reconhecimento da continuidade delitiva, agiu em acerto o juízo a quo ao aplicar o concurso material de

Segundo a teoria mista, acolhida no direito brasileiro, o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado, prevista no art. 71 do Código Penal – CP, adota como premissa que determinado agente pratique duas ou mais condutas da mesma espécie em semelhantes condições de tempo, lugar e modus operandi – requisitos objetivos – com unidade de desígnios entre os delitos cometidos – requisito subjetivo.

In casu, as instâncias ordinárias foram taxativas no afastamento do requisito subjetivo, afirmando que os delitos em discussão foram praticados com desígnios autônomos, a revelar traços que não correspondem à continuidade delitiva, mas sim à reiteração criminosa.

Trata-se de conclusão fundada em elementos fático-probatórios e, por essa razão, o habeas corpus revela-se via inadequada para sua alteração, uma vez que tal providência demandaria a análise aprofundada de todo o processo, incompatível com a celeridade e sumariedade do rito.

Ressalte-se, ainda, que esta Corte tem posicionamento consolidado no sentido de não admitir a aplicação do art. 71 do Código Penal ao criminoso habitual. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

[...] HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. EXECUÇÃO DA PENA. REITERAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. EXAME DOS REQUISITOS DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

1. Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista).

2. Hipótese em que não se reconheceu a incidência do crime continuado, ao concluírem, tanto o juízo de primeiro grau quanto o Tribunal de origem, com base nas provas produzidas nos autos, que o paciente não preenchia os requisitos do artigo 71 do CP, por se tratar de um criminoso habitual, que adota a prática delitiva como meio de vida, revelando-se inviável chegar a conclusão diversa em sede de remédio constitucional.

3. A via estreita do habeas corpus é inadequada para um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes nos processos de conhecimento para a verificação do atendimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado. Precedentes desta Corte Superior.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 300.649/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6/11/2014, DJe de 13/11/2014.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. PLEITO DE

RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. TEORIA MISTA OU OBJETIVO-SUBJETIVA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Mostra-se correto o decisum objurgado, tendo em vista que se encontra em consonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que "[...] ao interpretar o art. 71 do CP, adota a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior" (AgRg no HC n. 426.556/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 3/4/2018, grifei). Precedentes. Súmula n. 568/STJ. Incidência mantida.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 1.354.075/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/12/2018, DJe de 12/12/2018.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, I E IV, C/C O ART. 14, II, POR TRÊS VEZES, E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CÓDIGO PENAL. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O pleito de readequação da pena-base não foi apreciado pelo colegiado estadual, razão pela qual esta Corte não pode dele conhecer, sob pena de configuração do chamado habeas corpus per saltum, a ensejar verdadeira supressão de instância e violação aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal substancial.

2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é indispensável que o réu tenha praticado as condutas em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças e, ainda, que exista um liame a indicar a unidade de desígnios do agente. Precedentes.

3. No caso em apreço, os crimes praticados pelo paciente foram considerados como autônomos, não sendo considerados uns como desdobramentos outros, além da demonstração da prática reiterada e habitual da conduta delituosa. Assim, não há que se falar em continuidade delitiva, estando a decisão originária em consonância com o entendimento firmado por esta Corte.

4. Por outro lado, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demandaria ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 491.553/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 25/3/2022.)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, a sentença consignou:

"Tendo em vista que o acusado cometeu três delitos autônomos, ofendendo bens jurídicos distintos, necessário o acúmulo material das penas, nos termos do artigo 69, caput, do Código Penal, as quais totalizo em três (3) anos e seis (6) meses de reclusão, e sessenta (60) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Apesar da quantidade de pena aplicada, levando-se em conta que o acusado era participante de um grande esquema de associação criminosa, sem olvidar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente a culpabilidade, para a prevenção de novos crimes e reprovação de sua conduta, fixo o regime

semiaberto para início de cumprimento da reprimenda corporal, ex vi do contido no artigo 33, § 3º, do Código Penal" (fl. 285).

O Tribunal de origem manteve o regime semiaberto para o início do cumprimento de pena em razão dos seguintes fundamentos:

"8. Pleito de alteração do regime prisional

Os apelantes pugnam pelo abrandamento do regime prisional para o aberto.

Também aqui, sem razão.

Como se sabe, a fixação do regime inicial para cumprimento da pena é ato discricionário do julgador, que, nos termos do artigo 33 do Código Penal, observará não apenas o quantum da pena imposta, como também a reincidência do condenado e as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 - atendidos, é claro, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Veja-se:

[...]

Na hipótese, em que pese o delito tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça e a pena definitiva seja inferior a 4 (quatro) anos, a presença de circunstância judicial desfavorável não permite a alteração do regime inicial para aberto. Mantenho, portanto, o regime semiaberto" (fls. 569/570).

Com efeito, embora a reprimenda final seja inferior a 4 anos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista o reconhecimento de uma circunstância judicial negativa (culpabilidade), o que justifica o agravamento do regime prisional, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTELIONATO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O julgamento monocrático do habeas corpus não representa ofensa ao princípio da colegialidade, nos termos previstos no art. 34, XX, do RISTJ, notadamente porque qualquer decisão monocrática está sujeita à apreciação do órgão colegiado, em virtude da possibilidade de interposição do agravo regimental, como na espécie. Precedentes.

- A dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Apesar de o montante da sanção (1 ano, 7 meses e 1 dias de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime aberto, deve ser mantido o inicial intermediário, haja vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e consequências do delito), as quais justificaram a exasperação das basilares em 1/6; O que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como in casu, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

- No mesmo sentido em relação à negativa de substituição da

pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não atendimento do estabelecido no art. 44, III, do Código Penal.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 721.983/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022.)

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração.

Publique-se."

Como visto na decisão agravada, as instâncias ordinárias concluíram evidenciada a autoria e materialidade do delito previsto no art. 288, *caput*, do CP (associação criminosa) mediante análise do amplo acervo probatório colhido no curso das investigações e na instrução processual, e afastar tais conclusões demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.

Quanto à valoração negativa da culpabilidade, reitero que o *modus operandi* dos agentes revela a maior reprovabilidade da conduta, restando consignado que "*integravam associação criminosa de grandes proporções, com membros atuando de outro estado da federação, além de terem demonstrado grande empenho para a concretização das empreitadas criminosas, com elevado dispêndio financeiro*".

Em relação ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estelionato tentado e consumado, destaco que a decisão agravada não considerou apenas a impossibilidade de aplicação do art. 71 do Código Penal ao criminoso habitual, mas também o fato de as instâncias ordinárias terem afastado o requisito subjetivo, afirmando que os delitos em discussão foram praticados com desígnios autônomos, a revelar traços que não correspondem à continuidade delitiva, mas sim à reiteração criminosa.

Trata-se de conclusão fundada em elementos fático-probatórios e, por essa razão, o *habeas corpus* revela-se via inadequada para sua alteração, uma vez que tal providência demandaria a análise aprofundada de todo o processo, incompatível com a celeridade e sumariiedade do rito.

Por fim, acrescento que embora a pena imposta tenha sido inferior a 4 anos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista o reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), o que justifica o agravamento do regime prisional e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e 44, III, ambos do Código Penal.

Nesse sentido, em reforço aos precedentes colacionados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPROCEDENTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. EXPEDIÇÃO DE GUIA DEFINITIVA DE EXECUÇÃO DA PENA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal).

2. In casu, diante da pena definitiva imposta ao agravante fica mantido o regime prisional semiaberto, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.

3. Ademais, é patente que o acusado não atende aos requisitos da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto sua reprimenda foi fixada acima do mínimo legal.

4. O pleito de expedição da guia definitiva de execução penal foi trazido somente por ocasião do agravo regimental. Dessa forma, por constituir essa matéria inovação recursal, não se pode dela conhecer.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 686.858/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 26/11/2021).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 DEFERIDA A APENAS UM RÉU. PROCESSOS EM CURSO. INDICAÇÃO DE DEDICAÇÃO EM ATIVIDADE CRIMINOSA DO OUTRO RÉU. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PERMUTA LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

4. Estabelecida a pena Carlos Henrique Lemes Garcia em patamar inferior a 4 anos e sendo desfavoráveis a análise das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, "b", c/c art. 59 do CP.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

6. Agravo não provido.

(AgRg no HC n. 625.753/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 26/2/2021).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao presente agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 737.067 / SC
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0114326-3

Número de Origem:

50012819120228240000 50111805020218240000 50133482620208240011 50134929720208240011
50319020820218240000

Sessão Virtual de 22/11/2022 a 28/11/2022

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FRANKLIN DA SILVA ROCHA (PRESO)
CORRÉU : RENAN CORREIA JORDAO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - ESTELIONATO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FRANKLIN DA SILVA ROCHA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 22/11/2022 a 28/11/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2022