



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.226 - PB (2011/0030534-9)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : JOSÉ ALVES CARDOSO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE : JOSÉ BARBOSA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ELEMENTARES DO TIPO PENAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– A exasperação da pena-base requer fundamentação idônea, consubstanciada em elementos concretos não inerentes ao tipo penal.

– É certo que o uso de meio fraudulento e a indução ou a manutenção do engano são elementares do tipo penal do delito de estelionato e não constituem fundamentos idôneos para elevar a pena-base.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.226 - PB (2011/0030534-9)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : JOSÉ ALVES CARDOSO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA

PACIENTE : JOSÉ BARBOSA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ BARBOSA DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 061.2004.000171-3/002.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 20 dias-multa (fls. 18/19).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação que foi parcialmente provido para reduzir a pena ao patamar de 2 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. O acórdão ficou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTELIONATO - SAQUE INDEVIDO EM CONTA CORRENTE MEDIANTE CARTÃO DE TERCEIRO - CONCURSO DE PESSOAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO - IRRESIGNAÇÃO - PRELIMINARES: INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO E CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEIÇÃO - MÉRITO - EXACERBAÇÃO DA PENA RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - PROVIMENTO PARCIAL AO APELO.

Uma vez constatado que não ocorreu inobservância do critério trifásico e cerceamento de defesa, é de se rejeitar as preliminares; no mérito, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, dá-se provimento parcial ao apelo, reduzindo a reprimenda (fl. 27).

Ainda insatisfeita, a defesa opôs embargos de declaração que foram rejeitados, conforme acórdão de folhas 31/36.

No presente *writ*, a defesa argumenta que a pena-base foi fixada acima do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal sem fundamentação idônea. Noutro ponto, sustenta erro no estabelecimento do regime inicial semiaberto e na ausência de substituição da pena.

Requer, então, a anulação do acórdão.

Indeferido o pedido de liminar (fl. 47), o Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento e concessão da ordem (fls. 52/62).

Após pedido de urgência de julgamento pelo impetrante (fls. 65/67), em atendimento a requerimento deste Relator (fl. 74), novas informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 78/87, 89/90 e 92/95).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.226 - PB (2011/0030534-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, é possível a concessão da ordem de ofício (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Assim, passo a analisar as alegações trazidas pelo impetrante, ante a possibilidade da existência de alguma flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

No caso, pretende a defesa que seja anulado o acórdão que manteve a dosimetria da pena, o regime inicial e a não concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sobre a exasperação da pena-base, cito trecho da sentença:

1. Quanto ao réu José Barbosa da Silva

A culpabilidade é intensa, diante do golpe praticado pelo réu, usando de meios fraudulentos para locupletar-se ilicitamente. O réu possui maus antecedentes, inclusive já foi condenado por crime contra a patrimônio. Não possui uma boa conduta social. Motivos e circunstâncias, indubitavelmente, injustificáveis. O comportamento da vítima não contribuiu para a prática delitiva, uma vez que foi enganada.

Isto posto, fixo a pena base em 02 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão (fl. 18).

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

No tocante à exacerbação da pena, não deve prosperar, tendo em vista que a Juíza *a quo* muito bem fundamentou e aplicou a pena com base nas circunstâncias judiciais, sendo estas desfavoráveis ao apelante.

No que concerne à atenuante da confissão espontânea, alega o apelante que houve um equívoco no julgado, pois em nenhum momento negou a autoria daquele delito, confessou espontaneamente facilitando o trabalho da Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Juíza a quo deixou de reconhecer a circunstância atenuante da confissão em razão de ter sido incompleta, posto que o réu omitiu a participação do segundo denunciado.

Ao ser interrogado, o apelante afirma que é verdadeira a imputação que lhe é feita, depois conta a versão dele, que achou o cartão, só que ele não assumiu que surruiou o cartão de crédito. Então ele disse que achou o cartão e fez o saque, mas não nega o fato, só não diz que furtou.

Diante disto, reconheço a atenuante da confissão espontânea, passando a reprimenda de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses, para 02 (dois) anos e 03 (três) de reclusão, a qual torno definitiva.

Por tais razões, dou provimento parcial ao recurso, em harmonia parcial com o parecer ministerial (fl. 29).

Em sede de embargos de declaração, o Tribunal de origem assim manifestou sobre a pena-base:

Em razão do deferimento parcial do recurso apelatório, a pena em definitivo foi reduzida para 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão.

O legislador atribui ao crime de estelionato a pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e multa. A magistrada sopesou as circunstâncias judiciais, concluindo que cinco delas são desfavoráveis ao réu, pesando contra ele, inclusive, os maus antecedentes, conforme extensa certidão de fls. 461/463, na qual consta, inclusive, condenação também por crime contra o patrimônio oriunda da 9ª Vara Criminal da Comarca da Capital, cuja sentença data de 15/08/2006, com trânsito em julgado em 11/07/2007, tratando-se, portanto, de réu reincidente, o que compele o magistrado a um maior rigor na aplicação da pena, para que seja suficiente à repressão da reiteração criminosa (fl. 34).

Depreende-se dos autos que as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, os motivos e as circunstâncias do crime e o comportamento da vítima.

É certo que esta Corte Superior pacificou o entendimento de que elementares do tipo penal não podem ser consideradas como circunstância judicial desfavorável para majorar a pena-base. Cito precedente:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE. FRAUDE CONTRA A RECEITA FEDERAL. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. VALOR DO DIA-MULTA. CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência no sentido de que, em se tratando de réu solto, é suficiente a intimação do defensor constituído a respeito da sentença condenatória para a garantia do contraditório e da ampla defesa.

2. A fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos como 'culpabilidade intensa' ou a 'exigibilidade de conduta diversa', 'lucro fácil', 'causando prejuízo à vítima', quando tais circunstâncias constituem elementares do próprio tipo penal.

3. Considerando a gravidade concreta do delito e a norma do artigo 59 do Código Penal, que faz menção à necessidade de se atender a reprovação e a prevenção do delito para a imposição do regime carcerário, a existência de circunstâncias judiciais negativas justificam a imposição de regime prisional mais gravoso que o previsto na legislação para o cumprimento da pena que, sendo inferior a 4 anos, é o semiaberto, afigurando-se desarrazoada a fixação, per saltum, do regime fechado.

4. Este Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de que a perda do cargo público não é efeito automático da condenação ainda quando a pena é superior a quatro anos, requisitando motivação expressa nos termos do parágrafo único do art. 92 do Código Penal, existente no presente caso.

5. A revisão do valor do dia-multa à luz da condição socioeconômica do réu demanda o reexame de prova, inviável em sede de recurso especial.

6. Recurso parcialmente provido. (REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015)

Com esse norte, analiso as razões adotadas.

Sobre a culpabilidade, as instâncias ordinárias justificaram o seu desvalor com base em elementar do tipo penal, porquanto o delito de estelionato tem como conduta a utilização de meio fraudulento. Logo, descabido o desvalor da culpabilidade pelas razões adotadas na linha do precedente acima mencionado.

Sobre os maus antecedentes, conforme informações atualizadas apresentadas pelas instâncias ordinárias (fl. 84), estes foram afastados em revisão criminal.

Por seu turno, o desvalor da conduta social, dos motivos do crime e das circunstâncias do crime, não foi fundamentado pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual deve ser afastado. Vale ressaltar que as circunstâncias judiciais devem ser desvaloradas quando houver fundamentação concreta e, no caso, somente houve fundamentação genérica. Cito precedente:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO CONCEDIDA NA ORIGEM. PREJUDICADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

3. A mera alegação de que o paciente guardava a droga em sua própria residência, sem a indicação de qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, não autoriza concluir-se pela desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade.

4. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. (Incidência da Súmula n. 444/STJ).

5. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

6. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa. Prejudicado o pedido de progressão de regime, pela perda de objeto. (HC 61.007/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

Por último, é certo que o comportamento neutro da vítima, como no caso dos autos, não justifica o acréscimo da pena-base. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. PENALIDADE. CULPABILIDADE, CONSEQUÊNCIAS DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A consciência da ilicitude do fato não justifica a exasperação da pena-base, porque é elemento que diz respeito à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime em sua concepção tripartida, e não à culpabilidade em sentido lato, a qual se refere a maior ou menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada.

2. A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, diz respeito ao histórico do acusado e pode caracterizar maus antecedentes.

3. O fato de não ter havido a restituição dos bens subtraídos não autoriza, por si só, a valoração desfavorável das consequências do crime.

4. A alegação de que a vítima "em nada contribui para a conduta delitiva" não justifica a exasperação da pena-base.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 6 anos, 9 meses e 19 dias de reclusão e pagamento de 21 dias-multa. (HC 287.449/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 5/3/2015, DJe 12/3/2015).

Nesse contexto, verifica-se que das 6 circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis para o acréscimo da pena-base em 1 ano e 6 meses, nenhuma deve ser mantida.

Então, passo a refazer a dosimetria das penas.

Na primeira fase, fixo a pena-base no patamar de 1 ano de reclusão, mínimo legal.

Na segunda fase, deixo de reduzir a pena em função da atenuante da confissão espontânea, tendo em vista a súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, ausentes outras causas de aumento e de diminuição, torno definitiva a pena de 1 ano de reclusão.

Quanto aos pedidos de imposição do regime inicial aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é forçoso destacar que estão prejudicados. Conforme informações prestadas pelas instâncias ordinárias, em revisão criminal, foi concedido o regime aberto e a substituição da pena corporal por duas restritivas de direito (fl. 84)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, com o fim de redimensionar a pena imposta ao paciente para 1 ano de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0030534-9

HC 197.226 / PB
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 147071

20020040248938

6120040001713

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ ALVES CARDOSO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA

PACIENTE : JOSÉ BARBOSA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.