



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.270 - SP (2011/0234188-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : PAULO JACOB SASSYA EL AMM E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ FELICIANO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA. APELAÇÃO CRIMINAL. JULGAMENTO REALIZADO POR CÂMARA COMPOSTA POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Esta Corte Superior de Justiça, pela sua Terceira Seção, havia firmado entendimento no sentido de considerar nulos os atos decisórios emanados de órgãos colegiados formados, na sua maioria, por juízes de primeiro grau convocados em desconformidade com a legislação infraconstitucional aplicável, por ofensa ao princípio do juiz natural.

2. Em julgamento realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a maioria dos eminentes Ministros que o integram entenderam pela conformidade dos aludidos órgãos julgadores com os preceitos contidos na Constituição Federal, dando maior relevo, na ponderação dos princípios constitucionais aplicáveis à espécie, para a celeridade na prestação jurisdicional alcançada com tal medida pelo Tribunal de Justiça bandeirante, o que estaria em consonância com o direito fundamental à razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna.

3. O tema foi novamente deliberado pelos integrantes da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, oportunidade na qual o posicionamento até então adotado, formulado de acordo com a análise da legislação infraconstitucional aplicável, foi revisto, passando a incorporar a interpretação constitucional dada ao caso pela Suprema Corte.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. ELEVAÇÃO MOTIVADA. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

1. O fato de a vítima da apropriação indébita ter sido associação que tinha por objetivo melhorar a vida de pessoas humildes e de baixa renda, são argumentos que autorizam maior apenamento na primeira etapa da dosimetria, pois indicam maior reprovabilidade da conduta do réu.

2. As consequências do crime, considerado o prejuízo da vítima e os fins sociais a que se destinavam os valores apropriados - construção de moradias - é justificativa suficiente para elevar a pena-base.

3. Apontados fundamentos concretos a motivar a conclusão pela desfavorabilidade da personalidade do agente, não há ilegalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a ser reconhecida na aplicação da sanção básica acima do mínimo legalmente previsto.

PENA. REGIME INICIAL. IMPOSIÇÃO DO MODO FECHADO. PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E IDOSO. CONDENAÇÃO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. DESPROPORCIONALIDADE NA IMPOSIÇÃO DA FORMA MAIS GRAVOSA. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS QUE AUTORIZAM A FIXAÇÃO DO MODO ABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A desfavorabilidade de algumas das circunstâncias judiciais mostram-se insuficientes para justificar a fixação do regime fechado para o início do resgate da reprimenda, especialmente em se considerando que o paciente é primário, de bons antecedentes e idoso, mostrando-se devida a imposição da forma aberta para o início da execução da pena reclusiva, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CRIME COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS QUE AUTORIZAM A CONCESSÃO DA BENESSE. SUFICIÊNCIA DA MEDIDA. COAÇÃO EVIDENCIADA.

1. Preenchendo o paciente os pressupostos objetivos elencados no art. 44 do Código Penal e verificando-se que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime em que findou condenado, sendo ainda socialmente recomendável, diante das especificidades da hipótese, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, não obstante a desfavorabilidade de algumas das circunstâncias judiciais.

2. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime aberto para o início do resgate da reprimenda e para substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, nos moldes estabelecidos no acórdão, determinando-se, outrossim, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.270 - SP (2011/0234188-8)

IMPETRANTE : PAULO JACOB SASSYA EL AMM E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ FELICIANO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSÉ FELICIANO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 00970427.3/9-0000-000, mantendo a sentença que condenou o paciente ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 168, § 1º, c/c art. 71, ambos do Código Penal.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o julgamento do apelo defensivo seria nulo, porquanto prolatado por Órgão Colegiado composto somente por juízes de primeiro grau.

Ressaltam que não teria sido apresentada fundamentação idônea para a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como para a imposição do regime inicial fechado.

Alegam que o fato da conduta do paciente ter atingido associação que possuiria o objetivo de melhorar a vida de pessoas pobres não serviria para justificar a valoração negativa da culpabilidade e, por consequência, a exasperação da pena-base, sob pena de incorrer em *bis in idem*, tendo em vista que já utilizado para qualificar o delito.

Salientam que não haveria nos autos laudo de profissional habilitado para embasar a avaliação da personalidade do agente, não possuindo o magistrado competência técnica para tal fim.

Defendem, assim, que o paciente faria jus à redução da pena-base ao mínimo legal, à modificação do regime prisional para o aberto, bem como à conversão da sanção reclusiva em restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requereram, liminarmente, que fosse concedido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento final deste *writ*, ou em regime aberto, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor. No mérito, pugnam pelo redimensionamento da pena imposta, pela modificação do regime prisional para aberto, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Sobreveio petição dos impetrantes requerendo preferência no julgamento do presente *writ*, haja vista a idade avançada do paciente - 69 anos -, e também por questões humanitárias, vez que "*se encontra preso há mais de 100 dias*" (fls. 87).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.270 - SP (2011/0234188-8)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos constata-se que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 168, § 1º, c/c art. 71, ambos do Código Penal, porque, segundo consta da denúncia, *"por reiteradas vezes no mês de novembro de 1996, em horário e local não determinados, nesta cidade de Jandira, JOSÉ FELICIANO, qualificado à fl. 4, apropriou-se indevidamente das prestações pagas pelos associados da 'Associação da Consciência Negra', correspondentes ao valor de R\$ 2.430,00 (dois mil quatrocentos e quarenta e três reais) pertencentes à citada associação, dos quais tinha detenção, em razão de seu emprego"* (fls. 24) .

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao qual foi negado provimento, mantendo-se as conclusões da condenação.

Buscam os impetrantes, inicialmente, o reconhecimento da nulidade do acórdão objurgado, ao argumento de que teria sido proferido por órgão colegiado composto somente por juízes de primeiro grau, convocados de forma irregular para atuarem no segundo grau de jurisdição.

A hipótese retrata situação peculiar verificada no âmbito do Tribunal de Justiça bandeirante, no qual formaram-se câmaras especiais de julgamento com a finalidade de dar maior celeridade à prestação jurisdicional, ante o acúmulo de feitos submetidos a julgamento perante o Poder Judiciário paulista.

Para tanto, o aludido Sodalício utilizava-se da norma prevista no artigo 118, inciso III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que estabelece:

Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, (Vetado) poderão ser convocados Juízes, em Substituição (Vetado) escolhidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Vetado) por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial:

§ 1º - A convocação far-se-á mediante sorteio público dentre:

I - os Juízes Federais, para o Tribunal Federal de Recursos;

II - o Corregedor e Juízes Auditores para a substituição de Ministro togado do Superior Tribunal Militar;

III - Os Juízes da Comarca da Capital para os Tribunais de Justiça dos Estados onde não houver Tribunal de Alçada e, onde houver, dentre os membros deste para os Tribunais de Justiça e dentre os Juízes da Comarca da sede do Tribunal de Alçada para o mesmo;

IV - os Juízes de Direito do Distrito Federal, para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios;

V - os Juízes Presidentes de Junta de Conciliação o Julgamento da sede da Região para os Tribunais Regionais do Trabalho.

§ 2º - Não poderão ser convocados Juízes punidos com as penas previstas no art. 42, I, II, III e IV, nem os que estejam respondendo ao procedimento previsto no art. 27.

§ 3º - A convocação de Juiz de Tribunal do Trabalho, para substituir Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, obedecerá o disposto neste artigo.

§ 4º Em nenhuma hipótese, salvo vacância do cargo, haverá redistribuição de processos aos Juízes convocados.

Embora do referido comando normativo não se possa depreender a autorização para a criação de órgãos colegiados especiais, a forma de atuação do Tribunal apontado como coator também tinha como embasamento a Lei Complementar Estadual n. 646, de 8 de janeiro de 1990, a qual prevê a possibilidade de juízes virem a integrar a composição do Tribunal de Justiça, porém como membros permanentes e substitutos de Segundo Grau, por meio do provimento por concurso de remoção.

Esta Corte Superior de Justiça, pela sua Terceira Seção, havia firmado entendimento no sentido de considerar nulos os atos decisórios emanados de órgãos colegiados formados, na sua maioria, por juízes de primeiro grau convocados em desconformidade com a legislação infraconstitucional aplicável, por ofensa ao princípio do juiz natural.

Ocorre que a questão foi levada à apreciação do Pretório Excelso que, pela maioria dos votos de seus integrantes, no julgamento do HC n. 96.821, ocorrido aos 8-4-2010, denegou a ordem ali postulada, entendendo pela inexistência, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situação, de qualquer ofensa a regra ou princípio constitucional.

Conforme noticiado no Informativo n. 581 daquela Suprema Corte, na ponderação de valores constitucionais envolvidos, deram os eminentes Ministros que acompanharam o voto do Relator maior relevo para a celeridade na prestação jurisdicional alcançada com tal medida pelo Tribunal de Justiça bandeirante, o que estaria em consonância com o direito fundamental à razoável duração do processo, introduzido no ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, afirmando-se, ainda, que a forma de convocação reclamada não teria qualquer influência na imparcialidade e independência dos magistrados que integram as chamadas "câmaras extraordinárias", razão pela qual não se poderia falar em ofensa ao princípio do juiz natural.

Embora a aludida decisão seja desprovida de qualquer caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna.

Desta forma, entendo que o posicionamento até então adotado por esta Corte Superior de Justiça, formulado de acordo com a análise da legislação infraconstitucional aplicável na espécie, deve ser revisto para que passe a incorporar a interpretação constitucional dada ao caso pela Suprema Corte, já que não se pode negar que a solução adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao convocar juízes atuantes no primeiro grau de jurisdição para formar câmaras adicionais de julgamento, ainda que no sistema de voluntariado, foi apta a dar maior celeridade à prestação jurisdicional reclamada à Corte bandeirante.

Com base nestas considerações, filio-me ao entendimento exarado pelo Pretório Excelso, razão pela qual não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal sob este fundamento.

Na sequência, insurgem-se os impetrantes contra a elevação da pena-base acima do mínimo legal, quanto à fixação do regime fechado para o início da execução da reprimenda e, ainda, quanto ao indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que se refere ao *quantum* de exasperação da reprimenda básica , necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever-se o trecho da sentença condenatória relativa à primeira fase da dosimetria, *in verbis*:

A pena base é fixada em dois anos de reclusão, pela culpabilidade, uma vez que com sua conduta foi atingida Associação que tinha por objetivo melhorar a vida de pessoas pobres, o que verte dos autos e, inclusive, de seu estatuto social, especialmente do artigo 2º, incisos I a III, e seu parágrafo único, do artigo 4º (fls. 19 e 20), pelas consequências do crime, uma vez que o valor do qual o acusado se apropriou, embora não seja muito alto considerado abstratamente, é, para a associação, muito expressivo, tendo em vista a situação econômica dos associados e, em razão disso, o esforço feito para o pagamento do ingresso na entidade e as mensalidades e, por fim, a personalidade do réu que, de maneira insensível, aproveitou-se da boa-fé de pessoas humildes. [...] (fls. 61)

O Tribunal de Justiça Estadual, por seu turno, manteve a reprimenda nos termos em que fixada, assim justificando:

As penas corporal e pecuniária foram bem dosadas, respeitando os critérios atinentes às suas individualizações. Assim, a sanção não comporta censura.

Muito se tem feito e conseguido, nesta C. Câmara, para prestigiar e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento.

Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com o acusado e sua personalidade e, por isso e por certo, com maior e muito mais preciso sentir e direcionamento voltados para a realidade do caso concreto.

Depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, como ocorre aqui, não existem motivos para se alterar os critérios norteadores da fixação da pena.

Quer-se dizer com isso, em suma, que havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes do artigo 68 do Código Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado.

Como aqui.

Não há o que se alterar, portanto. (fls. 35)

Na hipótese, verifica-se que a pena-base foi majorada em 2 (dois) anos devido à desfavorabilidade das circunstâncias judiciais da **culpabilidade, das**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequências do crime e da personalidade do réu, assim muito bem consideradas pelo juiz sentenciante, baseado nas particularidades do caso em concreto, descritas pela exordial acusatória, nestes termos:

Conforme foi esclarecido, JOSÉ FELICIANO exerceu a presidência da "Associação Consciência Negra", sendo responsável pelas atividades relativas a projetos de moradia, em razão do que passou a integrar o patrimônio da organização pelo valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), que seriam pagos com o valor arrecadado pelas mensalidades dos associados.

Com o escopo de viabilizar o referido projeto, a associação adquiriu um terreno de aproximadamente 5.000 (cinco mil) metros quadrados, que passou a integrar o patrimônio da organização pelo valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), que seriam pagos com o valor arrecadado pelas mensalidades dos associados.

Posteriormente, quando do pagamento de uma das parcelas da compra do terreno, averiguou-se que a associação não dispunha de capital para arcar com as prestações assumidas, apesar de todos os seus componentes pagarem suas mensalidades.

Foi apurado que JOSÉ FELICIANO recebeu os valores e, ao invés de repassá-los à associação, apropriou-se de R\$ 2.430,00 (dois mil, quatrocentos e quarenta e três reais), gastando-os para cobrir despesas pessoais e não os ressarcir à entidade associativa.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, "deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu" (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7. ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

E, na hipótese que se apresenta, o Juízo sentenciante considerou acentuada a culpabilidade do paciente, sob o fundamento de que "com sua conduta foi atingida Associação que tinha por objetivo melhorar a vida de pessoas pobres, o que verte dos autos e, inclusive, de seu estatuto social, especialmente do artigo 2º, incisos I a III, e seu parágrafo único, do artigo 4º" (fls. 61), argumento apto a autorizar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria, vez que diz respeito à reprovação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social que o crime e o paciente merecem pela conduta criminosa praticada (medida da culpabilidade do agente).

Quanto ao ponto, cumpre esclarecer ainda que, ao contrário do que alegam os impetrantes, o argumento sopesado para valorar negativamente a culpabilidade do agente não se prestou também para qualificar o crime, posto que a qualificadora do artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, diz respeito à apropriação de coisa de que a pessoa detinha em razão de ofício, emprego ou profissão - inexistindo qualquer relação com o fato de ter sido atingida uma associação com fins de melhorar a vida de pessoas de baixa renda - circunstância considerada em seu desfavor na primeira fase da dosimetria, devendo ser afastada a suposta ilegalidade decorrente do alegado *bis in idem*.

Em seguida, foi reconhecida a desfavorabilidade das consequências do crime *"uma vez que o valor do qual o acusado se apropriou, embora não seja muito alto considerado abstratamente, é, para a associação, muito expressivo, tendo em vista a situação econômica dos associados e, em razão disso, o esforço feito para o pagamento do ingresso na entidade e as mensalidades"* (fls. 61), o que também constitui fundamentação idônea a ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, já que, considerando-se que a associação tinha como integrantes pessoas humildes, de baixa renda, o que pode ser aferido pelas contribuições mensais que faziam à entidade - R\$ 33,00 (trinta e três reais), consoante a sentença (fls. 59) -, e verificando-se que a quantia apropriada foi de R\$ 2.438,00 (fls. 60), a qual não foi devolvida à vítima (fls. 60), autorizada está a conclusão pela negatividade dessa circunstância judicial.

Com efeito, apesar de a apropriação indébita, crime material, exigir para a sua consumação a produção do resultado - apossamento como seu fosse de coisa alheia móvel de que o agente tem a posse ou detenção - o valor apropriado pode, sim, ser valorado quando da aplicação da pena-base, valendo lembrar, ademais, que não se pode dizer que o prejuízo seja inerente ao tipo do art. 168 do CP, já que não obstante por vezes ensejar a perda definitiva, para a vítima, dos objetos ou quantia em dinheiro indevidamente apropriados pelo agente, existem casos em que há a recuperação, total ou parcial, da coisa apropriada, circunstâncias que merecem, então, ser devidamente sopesadas quando da aplicação da reprimenda básica, em observância do princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização da pena.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA EM CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERCENTUAL DE AUMENTO ELEVADO PELA CORTE REGIONAL, PELA EXISTÊNCIA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE NEGATIVAMENTE VALORADA COM BASE EM EXPRESSÕES VAGAS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEVADO VALOR DO PREJUÍZO À AUTARQUIA FEDERAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DESCONSIDERAÇÃO DO ACRÉSCIMO RELATIVO À CONTINUAÇÃO. SÚMULA N.º 497/STF. OCORRÊNCIA ENTRE AS DATAS DOS RECEBIMENTOS DAS DENÚNCIAS E A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Excetuosos 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, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

2. Na hipótese, verifica-se que a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, por conta da valoração negativa de duas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a saber: a culpabilidade e as consequências do crime.

3. O Juízo sentenciante se valeu de expressões vagas, tais como, ser o réu culpável, passível de receber a reprimenda e ter agido com dolo, para valorar negativamente a culpabilidade do agente, sendo tal critério inidôneo.

4. Especificamente no crime de apropriação indébita previdenciária, o elevado prejuízo causado à Autarquia Federal (no caso, R\$ 274.833, 21) pode ser valorado a título de consequências do crime.

Precedentes.

5. Este Superior Tribunal tem consagrado, reiteradamente, o entendimento de que a circunstância atenuante da confissão espontânea deverá ser aplicada se auxiliou de forma efetiva para o embasamento da sentença condenatória, como na hipótese em tela.

6. Afastado o acréscimo relacionado à continuidade e levando em conta que o Apenado contava com mais de 70 anos na data da prolação da sentença, o prazo prescricional, que seria de 04 anos, fica reduzido de metade, nos termos do art. 109, inciso V, c.c. o art. 115, ambos do Código Penal. Súmula n.º 497/STF.

7. Há de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que transcorrido lapso superior a 02 anos entre as datas dos recebimentos das denúncias (27/11/2003 e 14/07/2004) e a prolação da sentença penal condenatória (31/10/2007).

8. Ordem concedida para reduzir a pena do Paciente para 03 anos e 04 meses de reclusão e 16 dias-multa, em regime aberto, como incurso no art. 168-A, c.c. o art. 71 (51 vezes), ambos do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, e declarar a prescrição da pretensão punitiva, nos termos acima expostos.

(HC 185.914/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011 - destacamos)

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, PELA PRÁTICA DO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE FIXADA EM 2 ANOS E 6 MESES. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. INADMISSIBILIDADE DE SE TER POR EXACERBADA A CULPABILIDADE DO PACIENTE, FUNDADA EM ELEMENTOS CONTIDOS NA PRÓPRIA DEFINIÇÃO DO CONCEITO: IMPUTABILIDADE, CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E POSSIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME, MOTIVAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DO ILÍCITO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TODAVIA, PARA REDUZIR A PENA-BASE PARA 2 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, MANTIDAS AS DEMAIS COMINAÇÕES DO ARESTO DESAFIADO.

1. Justificar a culpabilidade do agente, tendo em vista ser ele imputável, atuar com vontade própria, livre de qualquer vício, possuindo plena consciência da ilicitude de seu ato, sendo-lhe exigível, também, conduta totalmente diversa é, tão-somente, repetir elementos do conceito penal de culpabilidade, insuficiente para a exacerbação na pena-base.

2. Todavia, a personalidade voltada para a prática criminosa, os motivos e, principalmente, as consequências danosa do delito, posto que a vítima não foi ressarcida do prejuízo que o paciente lhe causou (aproximadamente R\$ 3.500,00) são suficientes para manter a pena-base acima do mínimo legal.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem parcialmente concedida, todavia, para reduzir a pena-base do paciente para 2 anos e 3 meses de reclusão, mantidas as demais cominações do aresto desafiado.

(HC 178.659/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 27/06/2011 - grifamos)

Por fim, o magistrado singular ponderou que o paciente, "de maneira insensível, aproveitou-se da boa-fé de pessoas humildes" (fls. 61), justificando devidamente a exasperação da pena-base tendo em vista a valoração negativa da personalidade do agente, isto porque, de acordo com precedente desta Quinta Turma, "a personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito" (HC n.º 50.331/PB,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17-5-2007, DJ 6-8-2007), e, no caso, bem demonstrada a personalidade insensível e desonesta do agente, que, sem preocupar-se com os aspectos sociais para os quais eram arrecadadas as mensalidades dos humildes membros da associação que geria, apropriou-se de quantia considerável, deixando a associação de cumprir com suas obrigações financeiras em razão do crime por ele cometido, inviabilizando projeto de construção de moradias populares para seus integrantes.

Com efeito, consoante Cézar Roberto Bittencourt, a circunstância judicial da *"Personalidade - deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu"* (Código Penal Comentado, 2. ed., pág. 212), e, como visto, o sentenciante a valorou devidamente.

Por essas razões, justamente porque verificada a **adequação** da análise das circunstâncias judiciais, não há constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, já que apontados fundamentos concretos dos autos a justificar maior reprimenda.

No tocante à suposta ilegalidade decorrente da fixação do modo de execução mais gravoso para o início do resgate da reprimenda, bem como do indeferimento do benefício da substituição de pena reclusiva por restritivas de direitos, observa-se que o magistrado singular assim se manifestou quanto aos pontos:

Diante das circunstâncias judiciais, considero inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e o sursis, razão, atento a elas, estabeleço o regime fechado como inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. (fls. 61)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o mesmo entendimento consignado no édito condenatório, sob a seguinte fundamentação:

É impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se as circunstâncias judiciais se evidenciam preponderantemente desfavoráveis, revelando o agente uma personalidade dissimulada, em total menoscabo ao direito alheio, e de potencial periculosidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime inicial de cumprimento da pena não comporta modificação, eis que o réu aproveitou-se da boa-fé de diversas pessoas humildes, além do dolo intenso com que se houve o mesmo, recomendando a fixação do regime fechado e não de outro mais brando, sabido que, além da quantidade da pena, também as condições pessoais do condenado devem ser consideradas na determinação do regime prisional. (fls. 35)

Quanto ao ponto, mister reconhecer a ocorrência de constrangimento ilegal pois, não obstante tenham sido verificadas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, a fixação do regime fechado e o indeferimento da substituição da pena corporal revelam-se desproporcionais ao *quantum* de pena aplicada, bem como às demais circunstâncias do caso concreto.

De fato, a pena-base restou fixada em 2 (dois) anos, ou seja no dobro do mínimo legalmente previsto em razão da desfavorabilidade de três circunstâncias judiciais que, embora corretamente consideradas para a referida exasperação mostram-se insuficientes para justificar a fixação do regime fechado para o início do resgate da reprimenda *in casu* e impedir o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, não se podendo olvidar o fato de que o paciente é primário, de bons antecedentes, conta com 69 (sessenta e nove) anos de idade e que a conversão da sanção reclusiva em pagamento de prestação pecuniária à entidade vítima se prestaria também a reparar o dano que lhe foi causado.

Nesse contexto, apesar da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível a fixação do regime inicial aberto, por ser o mais adequado e proporcional às circunstâncias inerentes ao caso em questão, de acordo com o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

Da mesma forma, preenchendo o paciente os pressupostos objetivos elencados no art. 44 do Código Penal e por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime em que o paciente findou condenado, sendo ainda socialmente recomendável, diante das especificidades já apontadas, deve a ordem ser concedida para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período da pena reclusiva, em local e hora a serem designados pelo Juízo de Execução, e pagamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de prestação pecuniária no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para a Associação da Consciência Negra, entidade vítima da apropriação indébita em comento.

Diante de todo o exposto, concede-se a parcialmente a ordem, para fixar o regime inicial aberto e para deferir a substituição da reprimenda reclusiva por duas restritivas de direitos, nos moldes acima estabelecidos, determinando-se, outrossim, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0234188-8

HC 220.270 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3401997 9704273

EM MESA

JULGADO: 28/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO JACOB SASSYA EL AMM E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ FELICIANO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.